

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**FACULTAD DE DERECHO**

**Departamento de Derecho Penal**



**TESIS DOCTORAL**

**Los criterios de imputación de la responsabilidad  
criminal de las personas jurídicas y sus efectos en los  
Estados Unidos de América**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

**María Ángeles Villegas García**

Director

Jacobo López Barja de Quiroga

**Madrid, 2015**

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**FACULTAD DE DERECHO**

**Departamento de Derecho penal**



**Los criterios de imputación de la responsabilidad criminal de las  
personas jurídicas y sus efectos en los Estados Unidos de América**

**TESIS DOCTORAL**

**María Ángeles Villegas García**

**Bajo la dirección de**

**Dr. D. Jacobo López Barja de Quiroga**

**Madrid, 2015**



## Índice

|   |           |
|---|-----------|
| <b>INTRODUCCIÓN</b>   | <b>11</b> |
| <b>PARTE I. CUESTIONES PRELIMINARES</b>   | <b>15</b> |
| <b>CAPÍTULO PRIMERO. LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS ESTADOS UNIDOS Y SU POSICIÓN ANTE EL DERECHO PENAL</b>                             | <b>15</b> |
| I. <i>LEGAL ENTITIES AS PERSONS</i> . CONSIDERACIONES GENERALES   | 15        |
| 1. <i>Corporated and Unincorporated Entities. Legal Entities as Persons</i>   | 15        |
| 2. <i>Corporations</i>  | 20        |
| 2.1. Concepto, regulación y clases  | 20        |
| 2.2. Las <i>corporations</i> como sujetos de derechos y obligaciones. Relevancia y evolución del debate doctrinal sobre su naturaleza | 22        |
| 2.3. Su reconocimiento constitucional   | 27        |
| 3. <i>Unincorporated entities</i>   | 33        |
| 3.1. Las <i>partnerships</i>  | 34        |
| 3.1.1. <i>General Partnerships</i>  | 34        |
| 3.1.2. <i>Limited Liability Partnership (LLP)</i> y <i>Limited Partnership</i>  | 37        |
| 3.1.3. <i>Limited Liability Companies</i>   | 38        |
| 3.2. <i>Non profit associations</i>   | 39        |
| 3.2.1. En general   | 39        |
| 3.2.2. Las <i>Labor Unions</i>  | 41        |
| 3.3. Los <i>trusts</i>  | 42        |
| 3.4. Las <i>Joint Stock Companies</i>   | 43        |
| 4. <i>Public entities. Federal Corporations</i>   | 44        |
| II. LA ORGANIZATION COMO SUJETO DEL DERECHO PENAL   | 45        |
| 1. Consideraciones generales. Cualquier entidad, cualquier delito   | 45        |
| 2. Las <i>closely held corporations</i> y las <i>criminal purpose organizations</i>   | 50        |
| 3. <i>Public Entities</i> . La doctrina de la <i>sovereign immunity</i>   | 59        |
| <b>CAPÍTULO SEGUNDO. UNA MIRADA HISTÓRICA. DESDE LORD HOLT HASTA LEHMAN BROTHERS</b>  | <b>67</b> |
| I. INTRODUCCIÓN   | 67        |
| II. DE LAS TRECE COLONIAS A UNOS ESTADOS UNIDOS INDEPENDIENTES  | 69        |
| 1. Aproximación al origen y evolución de las personas jurídicas en el Derecho inglés. El nacimiento de la responsabilidad penal       | 69        |

|  |            |
|--|------------|
| 2. Las <i>corporations</i> en unos Estados Unidos independientes. La evolución de su posible responsabilidad penal hasta la sentencia <i>New York Central and Hudson R. Co. v. United States</i> (1909)..... | 79         |
| 2.1. La expansión de las <i>corporations</i> como forma de organización económica .....  | 79         |
| 2.2. El nacimiento de la responsabilidad penal. Las entidades municipales.....   | 83         |
| 2.3. Personas jurídicas privadas. <i>Business Corporations</i> .....   | 85         |
| III. <i>NEW YORK CENTRAL &amp; HUDSON RIVER RAILROAD V. UNITED STATES</i> .....  | 97         |
| IV. LA ERA <i>POST HUDSON</i> .....  | 102        |
| 1. La expansión definitiva de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El auge de la regulación federal.....  | 102        |
| 2. El nacimiento del buen ciudadano corporativo. Los <i>compliance programs</i> .....  | 108        |
| V. LA LLEGADA DEL SIGLO XXI.....   | 113        |
| 1. La caída de los primeros gigantes .....   | 113        |
| 2. La crisis financiera global .....   | 116        |
| <b>PARTE II. EL MODELO FEDERAL DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA .....</b>  | <b>121</b> |
| <b>CAPÍTULO TERCERO. LA JURISDICCIÓN FEDERAL Y LOS DELITOS FEDERALES .....</b>   | <b>121</b> |
| I. INTRODUCCIÓN.....   | 121        |
| II. LA JURISDICCIÓN ESTATAL Y FEDERAL .....  | 121        |
| 1. El legislador estatal. La decimocuarta Enmienda.....  | 121        |
| 2. El Legislador federal. La Federalización del Derecho Penal .....  | 123        |
| 3. Los Tribunales Federales.....   | 128        |
| III. LOS DELITOS FEDERALES. <i>CORPORATE AND WHITE COLLAR CRIMES</i> .....   | 130        |
| <b>CAPÍTULO CUARTO. LA DOCTRINA DEL <i>RESPONDEAT SUPERIOR</i> .....</b>   | <b>137</b> |
| I. LA DOCTRINA DEL <i>RESPONDEAT SUPERIOR</i> . CONSIDERACIONES GENERALES... 137   |            |
| 1. La doctrina del <i>respondeat superior</i> en el ámbito de los <i>Torts</i> .....   | 137        |
| 2. Aproximación a la doctrina del <i>respondeat superior</i> en el ámbito de la responsabilidad penal en general .....   | 139        |
| II. LA DOCTRINA DEL <i>RESPONDEAT SUPERIOR</i> COMO CRITERIO DE IMPUTACION DE LAS PERSONAS JURÍDICAS .....   | 140        |
| 1. Introducción.....   | 140        |
| 2. Presupuestos generales de aplicación.....   | 142        |
| 2.1. Comisión de un delito por los representantes o empleados de la persona jurídica   | 143        |

|   |            |
|---|------------|
| 2.1.1. Los delitos cometidos por los representantes y empleados de las entidades filiales .....   | 149        |
| 2.1.2. Los delitos cometidos por los contratistas independientes .....  | 152        |
| 2.2. Actuación en el marco de las competencias atribuidas - <i>scope of employment</i> - ....   | 154        |
| 2.3. Actuación en beneficio de la entidad .....   | 156        |
| 2.4. Atribución de la culpabilidad a la persona jurídica .....  | 158        |
| 2.4.1. Algunas consideraciones generales. El <i>mens rea</i> en el Derecho federal .....  | 158        |
| 2.4.2. <i>Corporate mens rea</i> .....  | 162        |
| 3. Actuaciones contrarias a la política de la entidad o a instrucciones expresas .....  | 168        |
| 4. Las consecuencias de la doctrina del <i>respondeat superior</i> . El caso <i>Arthur Andersen</i> ..  | 178        |
| <b>CAPÍTULO QUINTO. EL PROBLEMA DE LA ATRIBUCIÓN DEL STATE OF MIND A LA PERSONA JURÍDICA. ALGUNAS FÓRMULAS ALTERNATIVAS .....</b>                               | <b>181</b> |
| I. LA DOCTRINA DEL <i>COLLECTIVE KNOWLEDGE</i> .....  | 181        |
| 1. Concepto y origen de la doctrina del <i>collective knowledge</i> . Primeros precedentes judiciales .....   | 181        |
| 2. El caso <i>United States v. Bank of England N.A.</i> (1974).....   | 185        |
| 3. Posiciones doctrinales.....  | 188        |
| 4. ¿Consolidación jurisprudencial? .....  | 190        |
| 5. Conclusiones: ¿un nuevo criterio de imputación penal para las personas jurídicas?....  | 193        |
| II. LA APLICACIÓN A LAS PERSONAS JURÍDICAS DE LA TEORÍA DE LA <i>WILLFUL BLINDNESS</i> .....  | 196        |
| 1. Consideraciones generales.....   | 196        |
| 2. La doctrina de la <i>willful blindness</i> como criterio de atribución del <i>state of mind</i> a las personas jurídicas.....                                | 198        |
| <b>CAPÍTULO SEXTO. EL MODEL PENAL CODE.....</b>   | <b>203</b> |
| I. LA NATURALEZA E INFLUENCIA DEL <i>MODEL PENAL CODE</i> .....   | 203        |
| II. LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS CONSAGRADOS EN SU TEXTO.....  | 203        |
| <b>CAPÍTULO SÉPTIMO. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS SUPUESTOS DE DISOLUCIÓN, FUSIÓN Y ADQUISIÓN. <i>SUCCESSOR LIABILITY</i> ....</b> | <b>209</b> |
| I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.....  | 209        |
| 1. <i>Merger &amp; Acquisitions</i> .....   | 209        |
| 2. Fuentes .....  | 212        |
| 2.1. La jurisdicción estatal.....   | 212        |

|   |            |
|---|------------|
| 2.2. La Jurisdicción Federal. <i>Federal Common Law</i> .....   | 213        |
| II. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS SOCIEDADES DISUELTAS .....  | 215        |
| 1. Principios tradicionales del <i>Common Law</i> .....   | 215        |
| 2. <i>Melrose Distiller v. United States</i> .....  | 220        |
| 3. El impacto de <i>Melrose Distiller v. United States</i> . La doctrina actual .....   | 224        |
| 4. Conclusiones .....   | 226        |
| III. <i>MERGERS</i> .....   | 227        |
| 1. La regla general. La doctrina de los Tribunales Federales .....  | 227        |
| 2. La posición de la Fiscalía y la doctrina. Las críticas del <i>U.S. Chamber Institute for Legal Reform</i> .....  | 232        |
| IV. <i>ACQUISITIONS</i> .....   | 238        |
| 1. Planteamiento general de la cuestión. La responsabilidad de las empresas en los casos de cesión de bienes .....  | 238        |
| 2. La responsabilidad penal en los supuestos de adquisiciones de empresas .....   | 242        |
| V. CONCLUSIONES .....   | 246        |
| <b>CAPÍTULO OCTAVO. MÁS ALLÁ DEL MODELO DE RESPONSABILIDAD VICARIAL. OTROS ELEMENTOS CLAVES DEL SISTEMA ESTADOUNIDENSE DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS</b> ..... | <b>253</b> |
| I. INTRODUCCIÓN .....   | 253        |
| II. LAS <i>SENTENCING GUIDELINES</i> .....  | 255        |
| 1. ¿Qué son las <i>Sentencing Guidelines</i> ? .....  | 255        |
| 1.1. Su génesis .....   | 255        |
| 1.2. <i>United States v. Booker</i> . El carácter orientativo de las <i>guidelines</i> .....  | 261        |
| 2. Las <i>Organizational guidelines</i> .....   | 264        |
| 2.1. Su fundamento y estructura .....   | 264        |
| 2.2. Su funcionamiento .....  | 273        |
| 2.2.1. <i>General Principles</i> .....  | 273        |
| 2.2.2. En particular, la determinación de la pena de multa .....  | 276        |
| 2.3. <i>Effective and Ethic programs</i> . La Sección §8 B2.1 de las <i>guidelines</i> .....  | 278        |
| 3. El impacto de las <i>guidelines</i> para organizaciones .....  | 282        |
| 3.1. La culpabilidad de la organización .....   | 282        |
| 3.2. La generalización de los programas de cumplimiento .....   | 284        |
| 3.2.1. Una realidad indiscutible: Su proliferación .....  | 284        |
| 3.2.1. Una realidad discutible: su eficacia .....   | 286        |

|  |     |
|--|-----|
| 3.3. La <i>probation</i> : El control judicial sobre la entidad.....   | 291 |
| III. EL PAPEL DE LA FISCALÍA FEDERAL EN LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS .....                       | 294 |
| 1. Marco general de actuación. El principio de oportunidad.....  | 294 |
| 2. Los criterios generales de actuación respecto a la acusación de personas jurídicas....  | 295 |
| 2.1. Del <i>Holder Memo</i> al <i>Memorandum Filip</i> .....   | 295 |
| 2.1.1. <i>Holder Memo</i> .....  | 296 |
| 2.1.2. <i>Thompson Memo</i> .....  | 300 |
| 2.1.3. <i>Memorandum McNulty</i> .....   | 302 |
| 2.1.4. <i>Memorandum Filip</i> .....   | 304 |
| 2.2. Dos pilares: la colaboración con las autoridades y los <i>compliance</i> .....  | 304 |
| 2.3. En especial, las investigaciones internas.....  | 306 |
| IV. LOS <i>DEFERRED PROSECUTION AGREEMENTS</i> .....   | 315 |
| 1. Los <i>plea bargains</i> en general .....   | 315 |
| 2. Los <i>plea bargains</i> y las personas jurídicas. Los <i>deferred prosecution agreements</i> : una realidad en discusión ..... | 319 |
| V. UNA PROPUESTA: <i>CORPORATE COMPLIANCE AFFIRMATIVE DEFENSE</i> .....  | 326 |
| <b>PARTE III. EL CONTROL DE LOS ADMINISTRADORES: <i>DIRECTORS AND OFFICERS LIABILITY</i></b> .....                                 | 333 |
| <b>CAPÍTULO NOVENO. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADMINISTRADORES POR LA «CRIMINALIDAD DE LA EMPRESA»</b> .....                  | 333 |
| I. LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL DE LOS ADMINISTRADORES.....   | 333 |
| 1. Introducción.....   | 333 |
| 2. La responsabilidad como autores .....   | 334 |
| 3. Responsabilidad como «partícipes». <i>Aiding and abetting liability</i> .....   | 340 |
| 4. <i>Responsible Corporate Officer Doctrine</i> .....   | 345 |
| <b>CAPÍTULO DÉCIMO. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES</b> .....  | 353 |
| I. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES FRENTE A LA ENTIDAD POR EL INCUMPLIMIENTO DE LOS <i>FIDUCIARY DUTIES</i> .....        | 353 |
| 1. Introducción.....   | 353 |
| 2. <i>Duty of care and duty of loyalty</i> .....   | 355 |
| 3. <i>Business Judgment Rule</i> .....   | 357 |
| 4. En particular, el control sobre las retribuciones de los administradores.....   | 358 |



|   |            |
|---|------------|
| II. LA RESPONSABILIDAD POR LAS ACTUACIONES CONTRARIAS A DERECHO. EN ESPECIAL, LA RESPONSABILIDAD FRENTE A LA ENTIDAD POR LOS DELITOS COMETIDOS EN EL SENO DE LA ORGANIZACIÓN..... | 363        |
| 1. <i>The monitoring of legal compliance risk</i> .....   | 363        |
| 2. La responsabilidad por las pérdidas derivadas de decisiones arriesgadas. <i>Duty to monitor general business risk</i> .....  | 369        |
| <b>PARTE IV. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS POR ALGUNAS INFRACCIONES PENALES CONCRETAS .....</b>  | <b>373</b> |
| <b>CAPÍTULO UNDÉCIMO. RESPONSABILIDAD POR CONSPIRACY .....</b>  | <b>373</b> |
| I. EL DELITO DE CONSPIRACY.....   | 373        |
| II. LA RESPONSABILIDAD POR CONSPIRACY DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.....  | 377        |
| 1. <i>Intracorporate y extracorporate conspiracy</i> .....  | 378        |
| 1.1. <i>Intracorporate conspiracy</i> .....   | 378        |
| 1.2. <i>Extracorporate conspiracy</i> .....   | 385        |
| 1.3. <i>Single agents intracorporate conspiracy</i> .....   | 386        |
| 1.4. Conclusiones .....   | 389        |
| 2. <i>Intra-enterprise conspiracy. Copperworld Corp. v. Independence Tube Corp.</i> .....   | 390        |
| <b>CAPÍTULO DUODÉCIMO. CAN CORPORATES KILL? RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR EL DELITO DE HOMICIDIO IMPRUDENTE .....</b>                                       | <b>395</b> |
| I. INTRODUCCIÓN.....  | 395        |
| II. CAN CORPORATES KILL? .....  | 396        |
| III. UNA PROPUESTA.....   | 404        |
| <b>CAPÍTULO DECIMOTERCERO. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL MARCO DE LA FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT .....</b>   | <b>409</b> |
| I. LA FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT.....  | 409        |
| 1. Introducción.....  | 409        |
| 2. Estructura de la norma. Sujetos activos y conducta típica .....  | 414        |
| II. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR INFRACCIONES DE LA FCPA.....   | 422        |
| 1. El <i>state of mind</i> . La responsabilidad por los agentes en el extranjero.....   | 422        |
| 2. Responsabilidad por las entidades filiales en el extranjero .....  | 432        |
| 3. Responsabilidad penal por infracciones de la FCPA, en los supuestos de fusiones y adquisiciones de empresas. <i>Successor Liability</i> .....                                  | 435        |
| 4. <i>Compliance Programs</i> .....   | 442        |

|   |            |
|---|------------|
| III. CONCLUSIONES.....  | 445        |
| <b>CAPÍTULO DECIMOCUARTO. INSIDER TRADING .....</b>   | <b>447</b> |
| I. INTRODUCCIÓN. <i>FEDERAL SECURITIES LAW</i> .....  | 447        |
| II. EL DELITO DE <i>INSIDER TRADING</i> .....   | 450        |
| 1. Regulación .....   | 450        |
| 2. Elementos .....  | 453        |
| 2.1. El <i>trader</i> .....   | 453        |
| 2.2. <i>Based on material non-public information</i> .....  | 456        |
| 2.2.1. « <i>On the basis of</i> » .....   | 456        |
| 2.2.2. <i>Material nonpublic information</i> .....  | 458        |
| 2.3. <i>Willfulness</i> .....   | 458        |
| III. LAS PERSONAS JURÍDICAS Y EL DELITO DE <i>INSIDER TRADING</i> .....   | 463        |
| 1. <i>SAC: A Textbook Case of Corporate Prosecution</i> .....   | 464        |
| 1.1. Supuesto de hecho. El <i>indictment</i> .....  | 464        |
| 1.2. Los criterios de imputación. La aplicación de los presupuestos de la doctrina del <i>respondeat superior</i> .....     | 468        |
| 2. <i>Controlling person liability</i> . La sección 21 (A) de la <i>Securities and Exchange Act</i> .....                   | 473        |
| 2.1. La sección 20 (a) de la <i>Securities and Exchange Act Securities</i> .....  | 474        |
| 2.2. La sección 21 (A) de la <i>Securities and Exchange Act Securities</i> .....  | 476        |
| 2.3. ¿Un posible debate?.....   | 479        |
| <b>CAPÍTULO DECIMOQUINTO. TAX CRIMES .....</b>  | <b>481</b> |
| I. LA PERSECUCIÓN DEL FRAUDE FISCAL .....   | 481        |
| 1. El <i>Internal Revenue Service (IRS)</i> .....   | 481        |
| 2. La <i>Tax Division</i> .....   | 482        |
| 3. La persecución penal de los delitos fiscales .....   | 484        |
| II. <i>FEDERAL TAX CRIMES</i> .....   | 488        |
| 1. Marco general .....  | 488        |
| 2. <i>Tax evasion</i> .....   | 489        |
| 3. <i>False returns or documents</i> .....  | 494        |
| 3.1. <i>Tax perjury</i> .....   | 494        |
| 3.2. La Sección 7207 .....  | 498        |
| 3.3. <i>Aid or Assistance in Preparation or Presentation of False or Fraudulent Return, Affidavit, Claim or Other</i> ..... | 498        |
| 4. La Sección 7203. El incumplimiento de determinadas obligaciones legales.....   | 500        |

|   |     |
|---|-----|
| 5. <i>Attempts to Interfere with Administration of Internal Revenue Laws</i> .....                              | 501 |
| 6. Otras infracciones penales.....  | 502 |
| III. LAS PERSONAS JURÍDICAS COMO RESPONSABLES PENALES DE LOS DELITOS<br>CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA .....        | 503 |
| 1. Consideraciones generales.....   | 503 |
| 2. <i>Corporate tax perjury</i> .....   | 505 |
| 3. <i>Corporations as Conspirators</i> .....  | 509 |
| 3.1. <i>Klein Conspiracies</i> .....  | 509 |
| 3.2. La relevancia del delito de conspiración como instrumento de lucha contra el fraude<br>fiscal.....         | 512 |
| 3.2.1. <i>United States v. Wegelin &amp; CO. United States v. USB AG. United States v.</i><br><i>KPMG</i> ..... | 513 |
| 3.2.3. Conclusiones. Una propuesta.....   | 519 |
| <b>PARTE V. CONCLUSIONES</b> .....  | 521 |
| <b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....   | 533 |
| <b>ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS</b> .....   | 559 |
| 1. Sentencias de tribunales ingleses.....   | 559 |
| 2. Sentencias de tribunales de los Estados Unidos de América .....  | 559 |
| <b>RESUMEN</b> .....  | 569 |
| 1. Introducción y objetivos .....   | 569 |
| 2. Resultados y conclusiones.....   | 572 |
| <b>SUMMARY</b> .....  | 575 |
| 1. Introduction and objectives .....  | 575 |
| 2. Findings and conclusions.....  | 578 |

## INTRODUCCIÓN

Cuando en España estamos estrenando la responsabilidad penal de las personas jurídicas, prevista, por primera vez, en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que introdujo en el Código Penal el artículo 31 bis, en los Estados Unidos de América su consagración tiene más de un siglo.

En él, desde el momento en que la actividad económica del país, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, comenzó a estar dominada por estas entidades, el Derecho Penal se consideró un instrumento adecuado para proteger a la sociedad de los daños que pudieran causar estos nuevos actores del mundo económico y de los negocios, que no podían quedar impunes, amparándose en su consideración de meros entes abstractos creados por el Derecho. Porque había que perseguir y castigar a las personas físicas que, siendo «las manos» de estos entes, habían cometido la infracción penal, pero también a éstos, que habían dado cobertura a tales comportamientos y que eran, en la gran mayoría de los casos, sus beneficiarios. Además, castigando a la persona jurídica, las probabilidades de que tales comportamientos pudieran repetirse en el futuro disminuirían considerablemente.

Este planteamiento inicial de la cuestión, expuesto por lo demás someramente, no es en absoluto despreciable y de hecho ha sido el motor que ha impulsado la expansión que la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha experimentado en ese país, durante todo el siglo XX y hasta nuestros días; una expansión apegada a la necesidad acuciante de dar respuesta a una nueva realidad económica, que progresaba a una velocidad de vértigo.

Por lo expuesto, tras concretar algunas nociones preliminares sobre qué es una persona jurídica en el ordenamiento de los Estados Unidos y cuál es su posición ante el Derecho Penal, en la primera parte de este estudio nos ocuparemos de explicar cómo y por qué se llega a este planteamiento; cómo y por qué surge esa necesidad de castigar a las personas jurídicas; y qué fórmula temprana consagraron los Tribunales de Justicia de los Estados Unidos para satisfacerla.

Esta fórmula se materializó en la consagración jurisprudencial, en el ámbito penal, de la doctrina civil del *respondeat superior* que, basada en la atribución a la persona jurídica de la responsabilidad por los hechos cometidos por sus representantes y empleados, continúa hoy

siendo el criterio de imputación vigente en el modelo federal de imputación penal de las personas jurídicas en los Estados Unidos, que es en el que nos centraremos. Los Estados Unidos es un Estado Federal, en el que cada Estado tiene capacidad legislativa para conformar su propio Derecho Penal y Procesal Penal. Este estudio se centra, sin embargo, en la jurisdicción federal, esto es, en el Derecho Penal emanado del Congreso Federal y de los Tribunales Federales, que no ha dejado de crecer en los últimos tiempos y que en el ámbito de la empresa juega un papel fundamental.

La exposición del modelo federal de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los Estados Unidos de América es el núcleo de este trabajo. Con esta finalidad analizaremos cuáles son los criterios de imputación vigente, las alternativas surgidas para paliar algunas de sus deficiencias o cómo responde el sistema ante la disolución de las entidades o las modificaciones en su estructura societaria. También nos detendremos en examinar otros dos elementos: las denominadas *sentencing guidelines*, esto es, las normas que regulan la individualización de la pena y, concretamente, aquéllas que regulan cómo individualizar la pena impuesta a las personas jurídicas; y el papel reservado a unos actores fundamentales, los Fiscales Federales. Es imprescindible exponer la forma en la que estos últimos afrontan las acusaciones penales contra las personas jurídicas, en un país donde monopolizan el ejercicio de la acción penal y donde la gran mayoría de los procedimientos penales nunca llega a juicio, sino que termina en acuerdos alcanzados entre el acusado y la Fiscalía. Acuerdos que, como los *deferred prosecution agreements*, presentan unas características particulares cuando afectan a personas jurídicas.

De la misma manera resulta imprescindible conocer y exponer la evolución que ha experimentado en el ordenamiento estadounidense la implementación de los programas de *compliance* en el seno de las personas jurídicas y el papel que se les reserva en la exigencia de responsabilidad penal. El estudio del estado de la cuestión en la jurisdicción federal resulta, a nuestro juicio, especialmente interesante y nos permitirá concluir que la culpabilidad basada en la organización, más allá de la correspondiente a la persona física, sí tiene un papel reservado en el modelo estadounidense de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

También la responsabilidad en la que pueden incurrir los administradores de las entidades será objeto de atención. La crisis financiera de principios de este siglo y la influencia

que en ella pudieron tener determinados comportamientos de estos administradores y otros altos directivos ha convertido esta cuestión en un tema de máximo relevancia.

Si el estudio del marco general expuesto resulta esencial, también lo es, desde nuestra perspectiva, el examen de cómo se refleja en la exigencia de responsabilidad penal por delitos concretos. Por ello nos ocuparemos de exponer cómo el sistema indicado de imputación de las personas jurídicas funciona a la hora de exigir responsabilidad penal por algunas figuras delictivas concretas, las cuales han sido elegidas en función de la relevancia que su persecución ha jugado en los últimos tiempos.

En definitiva, este trabajo pretende dar a conocer un sistema en el que la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas es algo real y tangible y, fundamentalmente, con capacidad para ser aplicado a las grandes corporaciones, tanto estadounidenses como las que operen en el territorio de este país, con una respuesta además suficientemente ágil y rápida en el tiempo. De ahí su interés. El análisis de cómo se enfrenta la justicia penal de los Estados Unidos a los problemas que puede plantear la responsabilidad penal de las personas jurídicas es muy interesante para nuestro sistema, pues, que duda cabe de que es posible extraer consecuencias de un sistema ya impuesto y funcionando.

Precisamente por ello, el análisis que se realiza en este trabajo está presidido por una idea fundamental: no pretendemos reelaborar los conceptos propios del Derecho de los Estados Unidos para intentar encajarlos de alguna manera en las categorías dogmáticas que comúnmente se utilizan por el llamado Derecho Continental; sino, como hemos dicho, describir y analizar el sistema pues de él se pueden extraer soluciones que nos pueden resultar útiles. Como consecuencia de ello, este trabajo se centra fundamentalmente en la jurisprudencia y la doctrina estadounidense. La citación de la doctrina española se limita a un pequeño número de autores en contadas ocasiones. Porque, insistimos, el objeto de este estudio no es la exposición de nuestro debate doctrinal.

Por último, es preciso indicar que no es posible ni conveniente abordar este estudio exclusivamente desde la perspectiva del Derecho Penal sustantivo. Éste, en el Derecho de los Estados Unidos es absolutamente inseparable del Derecho Procesal Penal. Cuando nos detengamos en la guía de actuación de los Fiscales Federales en este campo y en las *sentencing guidelines*, lo apreciaremos con nitidez.



## PARTE I. CUESTIONES PRELIMINARES

### CAPÍTULO PRIMERO. LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS ESTADOS UNIDOS Y SU POSICIÓN ANTE EL DERECHO PENAL

#### I. *LEGAL ENTITIES AS PERSONS*. CONSIDERACIONES GENERALES

##### 1. *Corporated and Unincorporated Entities. Legal Entities as Persons*

Hablar de personas jurídicas en los Estados Unidos es hablar fundamentalmente de *corporations*, sobre todo si relacionamos el término con el Derecho Penal, y concretamente, con su posible responsabilidad en este campo, materia a la que tanto la doctrina como la Jurisprudencia norteamericana se refieren utilizando precisamente la expresión *Corporate Criminal Liability*.

Una *corporation*, en una primera aproximación, es una entidad con existencia legal propia y separada de sus socios, de la que, como ocurre en nuestras sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, se pueden predicar dos características fundamentales: su capital está dividido en acciones –*shares*–, que se pueden transferir libremente; y los titulares de dichas acciones – *shareholders*– no responderán personalmente de las deudas de la entidad. Además, y a diferencia de otras organizaciones, la propiedad de la entidad, normalmente, está separada del control de la misma, que suele estar centralizado<sup>1</sup>.

Pero, a pesar de su innegable protagonismo, derivado sobre todo del hecho de que muchas de las entidades que ejercitan algún tipo de actividad mercantil han adoptado esta forma, las *corporations*, ni son las únicas personas jurídicas que el ordenamiento estadounidense reconoce como tal; ni, en segundo lugar son, las únicas entidades que pueden ser sujetos del Derecho Penal.

Efectivamente, en la actualidad, varios son los tipos o clases de *legal entities* que son reconocidas en dicho ordenamiento, y que, como veremos en su momento, pueden ser penalmente responsables.

---

<sup>1</sup>Véase Cox, James D. y Hazen, Thomas Lee, *Corporation Law*, 1ª ed., 2012, p. 2; Shade, Joseph, *Business Associations*, 3ª ed., 2010, p. p. 46-48; Emanuel, Steven L., *Corporations*, 4ª ed., 2009, p. 1; Bainbridge, Stephen M., *Corporate Law*, 2ª ed., 2009, p. p. 1-6



Todas ellas, al margen de cualquier discusión filosófica sobre qué sean ontológicamente, qué las diferencie, desde esta perspectiva, de una persona física, o cuál sea su función en la sociedad, se caracterizan, paralelamente a como ocurre en nuestro ordenamiento, por dos elementos fundamentales. Son entidades a la que el Derecho reconoce existencia independiente y distinta de la persona o personas físicas que la constituyeron; y, precisamente por ello, puede ser sujeto de derechos y obligaciones, y también, en consecuencia, responsables de sus actos.

Desde este punto de vista una *corporation* es, como ya hemos adelantado, una persona jurídica, tenga o no ánimo de lucro, pero también lo son otras *associations*, se dediquen o no a al ejercicio de una actividad económica –*business associations*-. Estas organizaciones, distintas de las *corporations*, pero a las que el Derecho, en la actualidad, también reconoce existencia autónoma, se agrupan de ordinario bajo la denominación de *unincorporated entities* o *unincorporated organizations*; diferenciándolas así de las primeras que, frente a ellas, sí han sido *incorporated*.

Como veremos más adelante, en un principio, el *common law* no reconocía a estas *unincorporated entities* como entidades independientes; como tampoco les atribuía una de las características fundamentales de las *corporations*, cual era la responsabilidad limitada de sus titulares por las deudas de la entidad; una característica que hoy sí le reconocen las legislaciones estatales<sup>2</sup>.

Lógicamente, las características concretas de estas *unincorporated entities* difieren entre sí, como difieren esencialmente de las de una *corporation*, por lo que, evidentemente las normas que regulan unas y otras son también muy diversas. Pero todas ellas son en la actualidad, como hemos dicho, *legal persons* en el sentido ya indicado. En esta condición, son tan sujetos de derechos y obligaciones como lo son los individuos.

Así, de conformidad con la primera de las disposiciones del Título I del *United States Code (U.S. Code)*<sup>3</sup>, cuando el término *person* o el de *whoever* aparezca en cualquier norma del

---

<sup>2</sup>Shade, Joseph, *Business Associations*, cit., p. p. 103-104.

<sup>3</sup>El *U.S. Code* es una compilación de todas las normas federales, organizadas por materias, que se va actualizando para así incluir las nuevas normas y las modificaciones que experimentan las ya incluidas. Suele ser habitual que cuando se cite una norma concreta se haga con referencia a su localización en este texto.

Congreso, estas *legal entities* o *legal person* se entenderán incluidas en él junto a los individuos, salvo que el contexto indique lo contrario<sup>4</sup>.

Este contexto, decía el Tribunal Supremo Federal, en la sentencia dictada en el caso *Rowland v. California Men's Colony, Unit II Men's Advisory Council*<sup>5</sup>, estará constituido, por el texto de la norma concreta en la que aparezca el término y por el de otras disposiciones que tengan relación con la misma; y solo nos debería conducir a excluir a las personas jurídicas de las previsiones de una determinada norma cuando: esta exclusión no frustrara los propósitos que se persiguen con la misma; o cuando su inclusión fuera ilógica, o condujera a problemas prácticos en dicha aplicación<sup>6</sup>.

No obstante esta previsión general, es relativamente frecuente que los distintos textos legales contengan su propia definición del término *person*, a modo de la disposición primera del *U.S. Code*; tratando así de solventar cualquier duda sobre la aplicación o no de sus disposiciones a las personas jurídicas<sup>7</sup>. Lógicamente, esto no evitará que en ocasiones, como ocurrió en la sentencia que hemos mencionado, tengan que ser los Tribunales quienes solventen definitivamente la cuestión.

De esta manera, y como ya expresó John Dewey en 1926, en el conocido artículo *The Historic Background of Corporate Legal Personality*, publicado en la *Yale Law Journal*, el

---

<sup>4</sup>Dice la norma: «Words denoting number, gender, and so forth: «in determining the meaning of any Act of Congress, unless the context indicates otherwise (...) the words "person" and "whoever" include corporations, companies, associations, firms, partnerships, societies, and joint stock companies, as well as individuals».

En esta misma línea, la propuesta legislativa a la que luego nos referiremos y conocida como *Model Business Corporation Act* (MBCA), según la cual el término individuo se refiere a la persona física, mientras el término persona incluye a los individuos y a las entidades (apartados 13 y 16 de la disposición § 1.40 que se ocupa de definir los términos empleados en el texto).

<sup>5</sup>*Rowland v. California Men's Colony, Unit II Men's Advisory Council*, 506 U.S. 194 (1993).

En esta sentencia el Tribunal concluyó que solo las personas físicas tienen derecho a litigar *in forma pauperis*, esto es, sin necesidad de hacer frente a determinados gastos y tasas del proceso.

<sup>6</sup>Véase, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, Law Journal Press, 2013, § 3.02 (versión electrónica).

Este test sigue plenamente vigente. Así lo confirma la sentencia del Tribunal Supremo Federal de 30 de junio de 2014, dictada en el caso *Burwell, Secretary of Health and Services, et Al. v. Hobby Lobby Stores Inc.*, en el que el Tribunal Supremo concluyó que las *corporations* están incluidas en el término *person* utilizado por la *Religious Freedom Restoration Act* de 1993 (RFRA) y, por tanto, merecen la protección dispensada en dicha norma frente a las limitaciones injustificadas que se impongan sobre el ejercicio de la libertad religiosa.

<sup>7</sup>Es el caso, entre otros muchos, de la *Bankruptcy Act* de 1978 –Título 11 del *U.S.Code*–, que en la primera disposición de su capítulo primero aporta la siguiente definición del término *person*: «the term "person" includes individual, partnership, and corporation, but does not include governmental unit, except that a governmental unit that...». Previamente, la misma disposición ha aclarado que dentro del término *corporation* se incluyen las *joint-stock Company*, las *unincorporated company*, las *associations* y los *business trust*, pero no las *limited partnerships*.

A todas estas entidades nos referiremos más adelante.

Derecho, en realidad, utiliza la palabra *person* para referirse a «unidades sujetos de derechos y obligaciones», sin que ello implique poseer un conjunto de propiedades esenciales y distintas de otros<sup>8</sup>.

Dicho con otras palabras, y como mucho más recientemente ha sostenido Laufer respecto a las *corporations*, pero que resulta igualmente aplicable a cualquier otra entidad, estas serán o no «personas» cuando así convenga al Derecho<sup>9</sup>.

De hecho, los textos legales no suelen utilizar el término *legal* o *juridical person* para contraponerlo al de *natural person*, sino que prefieren utilizar los términos «entidad» u «organización», para oponerlo al de «individuo»; incluyendo uno y otro en el concepto de *person*<sup>10</sup>.

Estos dos términos, *entity* y *organization*, son, desde nuestra perspectiva, más «neutros» que la expresión *legal* o *juridical person* y probablemente no pretendan resaltar que estamos ante algo esencialmente diferente a la persona física; sino sencillamente ante un sujeto de

---

<sup>8</sup>Véase, Dewey, John, «*The Historic Background of Corporate Legal Personality*», 35 *Yale L. J.* 655 (1926); también, Hager, Mark M., «*Bodies Politic: The Progressive History of Organizational "Real Entity" Theory*», 50 *U. Pitt. L. Rev.* 575 (1989), p. 635.

Dice literalmente Dewey en el trabajo mencionado: «as a starting point we may take the following statement from Maitland, who has done so much to bring the question of the nature of corporate legal personality to the attention of English readers: "The corporation is (forgive this compound adjective) a right-and-duty-bearing unit. Not all the legal propositions that are true of a man will be true of a corporation. For example, it can neither marry nor be given in marriage; but in a vast number of cases you can make a legal statement about x and y which will hold good whether these symbols stand for two men or for two corporations, or for a corporation and a man." – In saying that "person" might legally mean whatever the law makes it mean, I am trying to say that "person" might be used simply as a synonym for a right-and-duty-bearing unit. Any such unit would be a person; such a statement would be truistic, tautological. Hence it would convey no implications, except that the unit has those rights and duties which the courts find it to have. What "person" signifies in popular speech, or in psychology, or in philosophy or morals, would be as irrelevant, to employ an exaggerated simile, as it would be to argue that because a wine is called "dry," it has the properties of dry solids; or that, because it does not have those properties, wine cannot possibly be "dry." Obviously, "dry" as applied to a particular wine has the kind of meaning, and only the kind of meaning, which it has when applied to the class of beverages in general. Why should not the same sort of thing hold of the use of "person" in law?»

Véase también al respecto, Pollman, Elizabeth, «*Reconceiving Corporate Personhood*», 2011 *Utah L. Rev.* 1629 (2011), p. 1650.

<sup>9</sup>Laufer, William S., *Corporate Bodies and Guilty Minds. The Failure of Corporate Criminal Liability*, 1ª ed., 2006, p. 48. En el mismo sentido se pronuncia este autor en Walt, Steven y Laufer, William S., «*Why Personhood Doesn't Matter: Corporate Criminal Liability and Sanctions*», 18 *Am. J. Crim. L.* 263 (1991), p. 3, con una expresiva frase: «*Legislative intent, not ontology, is at issue*».

<sup>10</sup>Es el caso por ejemplo, entre otros muchos, del citado *Model Business Corporation Act* (MBCA), según el cual: «"Person" includes an individual and an entity»; o también, y con respecto al término *organization*, el del capítulo de las *sentencing guidelines* que se ocupa de las penas correspondientes a las personas jurídicas, cuya rúbrica es precisamente, *sentencing of organizations*. Como veremos en su momento las *sentencing guidelines* son las normas que rigen la individualización de las penas e incluyen un capítulo dedicado a las personas jurídicas, a las que se refiere con el término *organizations*. Y para precisar el significado de este último término acuden estas normas a la definición que al respecto ofrece la disposición número 18 del título 18 del *U.S. Code*, según la cual: «"Organization" means "a person other than an individual».

derecho y obligaciones distinto a esta última, que se caracteriza, sin más, por ser un ente, que no un individuo, al que el Derecho reconoce existencia independiente.

Una última precisión general convendría realizar respecto a las personas jurídicas, y concretamente, respecto a las normas que regulan su constitución, funcionamiento y status legal: tanto las *corporations* como las *unincorporated entities* son, a estos efectos, criaturas del Derecho estatal. Es el Derecho de los Estados el llamado a regular su vida y funcionamiento. No existe, en esta materia, una ley aplicable a todo el territorio de los Estados Unidos; sin perjuicio de que determinadas normas federales regulen cuestiones concretas, que les afecten, especialmente, en el caso de las *corporations* que coticen en bolsa, donde la presencia del Derecho federal es muy importante.

Sí existen, sin embargo, como ocurre en otras materias, algunas propuestas legislativas que tratan de servir de guía a las distintas regulaciones estatales. Las de mayor influencia han sido aprobadas tanto por la *American Bar Association* o el *American Law Institute*, como por la *Uniform Law Commission*, también conocida como *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*.

La *American Bar Association* (ABA) es una de las organizaciones profesionales de abogados más grandes del mundo, fundada a finales del siglo XIX, que, entre otras funciones, se ocupa de realizar las pruebas que acreditan para el ejercicio de la abogacía en los Estados Unidos y de aprobar y publicar las normas que regulan el ejercicio de la profesión<sup>11</sup>. El *American Law Institute*, por su parte, es una prestigiosa asociación sin ánimo de lucro constituida por jueces, abogados y profesores de Derecho<sup>12</sup>. La *Uniform Law Commission*, por último, es una organización constituida en 1892, y de la que forman parte profesionales del Derecho designados por los distintos Estados, que tiene por finalidad, promover y elaborar propuestas normativas que puedan servir de modelo a los Estados en aquellas áreas del Derecho donde la uniformidad sea práctica y deseable<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup>Véase <http://www.americanbar.org/>.

<sup>12</sup>Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. 10.

<sup>13</sup>Véase <http://www.uniformlaws.org>

## 2. Corporations

### 2.1. Concepto, regulación y clases

Hemos expuesto en el apartado anterior un primer concepto de *corporation*, según el cual es una entidad con existencia legal propia y separada de sus socios, de la que se pueden predicar dos características fundamentales: su capital está dividido en acciones –*shares*– que se pueden transferir libremente; y los titulares de dichas acciones – *shareholders*– no responderán personalmente de las deudas de la entidad<sup>14</sup>.

Su constitución, por otro lado, como ya también hemos adelantado, exige el cumplimiento de una serie de requisitos legales.

Estos varían de un Estado a otro, aunque normalmente implican la presentación de un documento –*articles of incorporations o charter*–, suscrito por quien o quienes desean constituir la entidad – *incorporators*–, ante el organismo público competente, de ordinario la Secretaría de Estado. Este documento deberá incluir su nombre, su objeto y su capital. Una vez constituida, deberá adoptar las normas destinadas a regular su funcionamiento interno –*bylaws*– sin perjuicio lógicamente de la obligación de cumplir toda la normativa estatal y federal que, en su caso, le resulte aplicable<sup>15</sup>.

Efectivamente, las normas de naturaleza estatal son, como hemos dicho, las llamadas en primer lugar a regular la vida y funcionamiento de las *corporations*. Por ello, no hay duda de que lo primero que deben valorar los *incorporators* es en qué Estado constituir la. No existen, en este sentido, federal corporations<sup>16</sup>. No obstante lo expuesto, el Derecho federal, en el ámbito de sus competencias, también tiene una importante labor reguladora en esta materia, que ha sido

---

<sup>14</sup>Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. 1. También, Bainbridge, Stephen M., *Corporate Law*, cit., p. p.1-6; Shade, Joseph, *Business Associations*, cit., p. p. 46-48.

<sup>15</sup>Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. p. 19-21; Bainbridge, Stephen M., *Corporate Law*, cit., p. p. 12-19.

<sup>16</sup>Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. 1. También, Bainbridge, Stephen M., *Corporate Law*, cit., p. p. 8-9.

Por diferentes razones, tanto históricas como relacionadas con la propia estrategia económica de sus autoridades, un gran número de *corporations* se constituyen en el Estado de Delaware. Concretamente, más de la mitad de las sociedades que cotizan en la Bolsa de Nueva York están constituidas en ese Estado, en el que, consecuentemente, se ha generado una importante legislación y jurisprudencia en la materia. Esta última desarrollada fundamentalmente por el *Court of Chancery*, que es un tribunal dedicado exclusivamente al *Corporate Law*. Junto a Delaware, también muchas de estas entidades escogen los Estados de Nueva York o California para constituirse. Véase, Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. 2; También, Bainbridge, Stephen M., *Corporate Law*, cit., p. 9; y Harris, Lee, *Mastering Corporations and other Business Entities*, 1ª ed., 2009, p. p. 101-102.

particularmente importante en los últimos tiempos, respecto a las compañías que cotizan en bolsa, como consecuencia de los escándalos financieros de principios de siglo. En este sentido, especialmente relevantes han sido los cambios introducidos por la *Sarbanes-Oxley Act*, aprobada por el Congreso Federal en el año 2002. Esta doble regulación, estatal y federal, en ocasiones, y como ocurre en otras materias, puede generar algún conflicto, lo que es especialmente frecuente en materias tales como los derechos de los accionistas o la regulación de las adquisiciones de empresas<sup>17</sup>.

Cabe indicar, por otro lado, que aun cuando muchas *corporations* tendrán como objeto el desarrollo de una actividad mercantil con ánimo de lucro, ello no es un presupuesto indispensable para su existencia y pueden dedicarse a otras actividades en las que dicho ánimo no esté presente.

Para la regulación de las *corporations* con ánimo de lucro –*business corporations*–, y para tratar de armonizar las diferencias existentes entre los distintos Estados, la *American Bar Association* ha propuesto un texto articulado, conocido como *Model Business Corporation Act* (MBCA), que ha ejercido gran influencia en más de la mitad de los ordenamientos estatales<sup>18</sup>. Junto a él, existe otra propuesta, más reciente, conocida como los *Principles of Corporate Governance*, elaborada por el *American Law Institute*, y que forma parte del *Restatement of Corporation*, también aprobado por dicha entidad<sup>19</sup>.

Para aquellas entidades que no persigan un ánimo de lucro –*nonprofit corporation*– la *American Bar Association* propone un texto articulado diverso, el *Revised Model Non-Profit Corporation Act*.

Además de distinguir entre *profit* y *nonprofit corporations*, los ordenamientos estatales suelen también hacerlo entre las *publicly held corporations* y las *close corporations*. Las primeras son aquellas que tienen un número elevado de accionistas y cuyas acciones cotizan en bolsa. Las segundas se caracterizan, sin embargo, por estar en manos de un pequeño número de accionistas (normalmente poco más de veinte) y no cotizar en bolsa. Normalmente además, en

---

<sup>17</sup>Bainbridge, Stephen M., *Corporate Law*, cit., p. 11.

<sup>18</sup>Bainbridge, Stephen M., *Corporate Law*, cit., p. 9.

<sup>19</sup>Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. 2. También, Bainbridge, Stephen M., *Corporate Law*, cit., p. 10.

las *close corporations*, el accionista mayoritario participa activamente en la llevanza de la sociedad<sup>20</sup>.

Algunos Estados han promulgado normas especiales para regular este último tipo de entidad. Es el caso por ejemplo de los Estados de California o de Delaware<sup>21</sup>. El *Model Business Corporation Act* por su parte contiene un suplemento dedicado especialmente a este tipo de sociedades, el cual se aplica, según se declara, a cualquier *corporation* que tenga cincuenta o menos accionista y que elija someterse al mismo<sup>22</sup>.

## **2.2. Las *corporations* como sujetos de derechos y obligaciones. Relevancia y evolución del debate doctrinal sobre su naturaleza**

Una vez constituidas en forma, las *corporations* tendrán plena capacidad jurídica. Dice al respecto el *Model Business Corporation Act* (MBCA)<sup>23</sup> que tienen las mismas capacidades que cualquier persona física para realizar todo aquello que sea necesario o conveniente para llevar a cabo su actividad. Eso incluye, por supuesto, la capacidad para demandar y ser demandada, para celebrar contratos u ostentar bienes, y también para incurrir en responsabilidades.

En este sentido, como ya hemos indicado, las *corporations* son para el ordenamiento jurídico, tanto el estatal como el federal, tan «personas» como lo son los individuos.

Poco importa pues, desde este punto de vista, el debate teórico sobre si ese *status* legal es una concesión del Derecho, que crea así entes artificiales que sólo existen para el ordenamiento *-fiction theory-*; si el mismo nace del acuerdo de voluntades de aquellas personas físicas que la constituyen, limitándose las normas a reconocerlo *-contract o aggregate theory-*; o si por el contrario, es un mero reconocimiento de una realidad que existe previamente *-real entity theory-*<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup>Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. 133. También, Scheneeman, Angela, *The Law of Corporations and others Business Organizations*, 6ª ed., 2013, p. p. 281-282; Bainbridge, Stephen M., *Corporate Law*, cit., p. 442.

<sup>21</sup>Véase, Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. 133; Bainbridge, Stephen M., *Corporate Law*, cit., p. p. 443-444.

<sup>22</sup> Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. 134; Bainbridge, Stephen M., *Corporate Law*, cit., p. 443.

<sup>23</sup>Véase Capítulo tres, disposiciones § 3.01 y § 3.02.

<sup>24</sup>Con más detalles sobre las diversas teorías, véase Harris, Ron, «The Transplantation of the Legal Discourse on Corporate Personality Theories: From German Codification to British Political Pluralism and American Big Business», 63 *Wash. & Lee L. Rev.* 1421 (2006), p. 1424.

Dicho debate, importado del viejo continente a finales del siglo XIX, sin embargo, no ha sido ajeno a la doctrina norteamericana, y el trato que la misma le ha proferido merece algún tipo de consideración.

Fue el gran historiador del derecho inglés, Frederick William Maitland, el primero que dio a conocer en el Derecho anglo-americano el pensamiento de Gierke y sus nuevas teorías sobre las personas jurídicas<sup>25</sup>. En 1895 publica, junto a Frederick Pollock, la primera edición de su libro *La Historia del Derecho Inglés antes de la época de Eduardo I*, y en uno de sus capítulos, denominado «Personas ficticias», realiza ya numerosas referencias al libro que Gierke había publicado en 1868, defendiendo su nueva teoría sobre la naturaleza de la personas jurídicas y titulado *Das deutsche Genossenschaftsrecht*. Es más, cuando en 1898, Maitland y Pollock publican la segunda edición de su libro, el capítulo que hemos mencionado pasa a denominarse «Corporations and Churches»; cambio que el propio Maitland atribuye, según la primera nota del mismo, a la influencia del gran libro de Gierke<sup>26</sup>.

Dos años después, Maitland publicaría la traducción del libro de Gierke, *Political Theories of the Middle Age*, acompañado de una introducción escrita por él mismo; y entre los años 1900 y 1904 publicaría otros cuatro artículos sobre la historia de las personas jurídicas, que culminarían con la publicación del estudio «Personalidad moral y personalidad legal», en el que sostiene las ideas de Gierke, relativas a que las personas jurídicas son entes reales o naturales que poseen personalidad legal merecedora de reconocimiento<sup>27</sup>.

En los Estados Unidos, la primera referencia a las teorías de Gierke vendría de la mano de Ernst Freund, nacido precisamente en Alemania y profesor de la Universidad de Chicago, que en 1897 publicaría el libro *La naturaleza legal de las personas jurídicas –The legal nature of Corporations*<sup>28</sup>. En este texto afirmaría que, junto a los individuos, existen estas entidades, las *corporations*, dotadas de voluntad y de capacidad de actuar<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup>Harris, Ron, «The Transplantation of the Legal Discourse on Corporate Personality...», cit., p. p. 1431-1432; también, Hager, Mark M., «Bodies Politic: The Progressive History...», cit., p. 580; en el mismo sentido, Horwitz, Morton J., «Santa Clara Revisited: The Development of Corporate Theory», 88 W. Va. L. Rev. 173 (1986), p. 179.

<sup>26</sup>Harris, Ron, «The Transplantation of the Legal Discourse on Corporate Personality...», cit., p. 1432.

<sup>27</sup>Horwitz, Morton J., «Santa Clara Revisited: The Development of...», cit., p. 179.

<sup>28</sup>Horwitz, Morton J., «Santa Clara Revisited: The Development of...», cit., p. 179.

<sup>29</sup>Decía este autor: «Above the existence of the individual there is the existence of the species, and the corporation is nothing but the legal expression of this fact, which appears as a reality in the physical person, so the higher will of the species is embodied in numerous and various forms of association, and as a result we find, beside the individual, entities of a higher order endowed with volition and acting capacity. And where the law recognizes such embodied will as a person, we have a juristic person or a corporation». Véase al respecto, Oman, Nathan B.,



Importadas estas ideas del viejo continente, los autores estadounidenses, como hemos dicho, no fueron ajenos al debate que las mismas suscitaron, al contraponerse a las concepciones más tradicionales que consideraban las *corporations* como una mera ficción creada por el Estado que solo ostentaba las facultades que este le otorgaba<sup>30</sup>; o como una mera asociación de individuos que contrataban entre ellos a estos efectos<sup>31</sup>.

Esta discusión teórica languidecería a partir del primer cuarto del siglo XX. Su debilitamiento fue impulsado por el pragmatismo de autores como John Dewey, a cuyas ideas ya hemos aludido, y que precisamente pretendía poner de manifiesto la inutilidad de la discusión entre las distintas teorías sobre la naturaleza de las personas jurídicas, y particularmente, entre la teoría de la ficción de Savigni y la de la realidad de Gierke<sup>32</sup>.

Ante el imparable crecimiento de su presencia en la realidad económica como un actor fundamental, los análisis sobre las *corporations* comenzaron entonces a centrarse en otras cuestiones más prácticas y menos filosóficas, entre ellas el fenómeno creciente de la progresiva separación entre «la titularidad» de la entidad, residenciada en sus accionistas (cada vez más numerosos, y con un papel más pasivo), y su centro de control, situado en la nueva *class of corporate managers*<sup>33</sup>; o la demanda de responsabilidad por los hechos cometidos en el ejercicio

---

«Corporations and Autonomy Theories of Contract: A Critique of the New Lex Mercatoria», 83 *Denv U.L. Rev* 101 (2005), p. 116.

<sup>30</sup>En 1819, el Tribunal Supremo Federal había dictado sentencia en el caso *Dartmouth College v. Woodward* y había declarado lo siguiente: «A corporation is an artificial being, invisible, intangible, and existing only in contemplation of law. Being the mere creature of law, it possesses only those properties which the charter of its creation confers upon it either expressly or as incidental to its very existence...».

<sup>31</sup>Para una exposición más detallada, sobre el desarrollo y contenido de esta discusión teórica, véase, Padfield, Stefan, «Rehabilitating Concession Theory», 66 *Okla. L. Rev.* 327 (2014); Petrin, Martin, «Reconceptualizing the Theory of the Firm-From Nature to Function», 118 *Penn St. L. Rev.* 1 (2013), p. p. 11-13; Horwitz, Morton J. «Santa Clara Revisited: The Development of... », cit. También, Krannich, Jess M., «The Corporate "Person": A New Analytical Approach to a Flawed Method of Constitutional Interpretation», 37 *Loy. U. Chi. L.J.* 61 (2005), p. p. 64-90.

<sup>32</sup>En este sentido, Pollman, Elizabeth, «Reconceiving Corporate...», cit., p. p. 1650-1651; Harris, Ron, «The Transplantation of the Legal Discourse on Corporate Personality ...», cit., p. 1477; Mayer, Carl J. «Personalizing the Impersonal: Corporations and the Bill of Rights», 41 *Hastings L.J.* 577 (1990), p. p. 639-640; o Hager, Mark M., «Bodies Politic: The Progressive History...», cit., p. 62.

<sup>33</sup>Pollman, Elizabeth, «Reconceiving Corporate...», cit., p. p. 1651-1652. En esta misma línea, Laufer, William S., *Corporate Bodies and...*, cit., p. p. 49-50. También, Krannich, Jess M., «The Corporate "Person" ...», cit., p. p. 83-84, para quien, a partir de ese momento, que coincide precisamente con la publicación por el Gobierno Federal de las primeras *Securities Laws*, el asunto primordial a discutir será precisamente la legitimidad y ejercicio de ese poder por parte de los directivos de las entidades.

En los años 30, Adolf Berle y Gardiner Means, ante el hecho de que la separación entre la propiedad y el control era una realidad en las *public corporations*, y que este último estaba en manos de directivos profesionales, más interesados en su propia consolidación que en los intereses de los accionistas, desarrollaron una teoría, según la cual su papel debía ser, respecto a los accionistas, similar al de los *trustee* (aquel que, en un *trust*, administra el patrimonio a favor de los beneficiarios del mismo). Debían pues ajustar su conducta a una serie de pautas de comportamiento: atención suficiente al negocio, fidelidad a los intereses de la entidad y ejercicio de la actividad con una razonable prudencia. De esta manera, entre estos directivos y la entidad debía existir una relación fiduciaria

de su actividad, algo para lo cual, qué eran desde el punto de vista ontológico, no pareció nunca realmente relevante. De hecho, la práctica de los Tribunales hacía tiempo que había empezado a rechazar cualquier obstáculo que pudiera surgir, para el reconocimiento de dicha responsabilidad, de una adhesión estricta a la teoría de la ficción o a la teoría contractual, menos proclives que la teoría de la realidad a reconocer que las *corporations* ostentaban el *state of mind* necesario para ser responsable civil o penalmente<sup>34</sup>.

Para algunos autores<sup>35</sup>, esa pérdida de fuerza del debate teórico significó precisamente el triunfo de la teoría de la realidad, pues no significaba sino la aceptación de las *corporations* como *legal actor*, embestida de intereses dignos de protección, que el Derecho debía reconocer.

Pues bien, si la creciente importancia del papel de las *corporations* en el mundo económico estuvo detrás, como hemos dicho, del cese o de la ralentización del debate teórico sobre su naturaleza, para atender así a cuestiones más «prácticas», el carácter absolutamente predominante que dicho papel alcanzó en los años 70 y 80 del siglo pasado motivó, paradójicamente, un resurgir de la discusión teórica.

Por un lado, los defensores de la *social responsibility* afirmaron que las *corporations* habían crecido tanto, afectando de tal modo su comportamiento a la sociedad, que el Derecho debía considerarlas como instituciones públicas o *cuasi* públicas, y regularlas como tal, siendo por tanto preciso un mayor desarrollo normativo<sup>36</sup>.

Por otro lado, y como contrapunto precisamente a las ideas anteriores, para los defensores de la conocida como *the nexus of contracts theory*<sup>37</sup>, las *corporations* debían ser tratadas como un conjunto de contratos entre interesados<sup>38</sup>, una mera ficción legal que servía de

---

(aquella que existe entre dos personas cuando una tiene la obligación de actuar o dar consejo en beneficio de otra en el ámbito de su relación). La Jurisprudencia, por su parte, no ha sido ajena a esta doctrina, y ha impuesto a los directivos unos deberes de lealtad y cuidado hacia la entidad a modo de esos «deberes fiduciarios». Cuando nos ocupemos de la responsabilidad de los administradores explicaremos con más detalle el contenido de estos deberes.

<sup>34</sup>Véase al respecto, Hager, Mark M., «Bodies Politic: The Progressive History...», cit., p. p. 588-592.

<sup>35</sup>Véase, Blair, Margaret M., «Corporate Personhood and the Corporate Person», 2013 *U. Ill. L. Rev.* 785 (2013), p. p. 807-808; Krannich, Jess M., «The Corporate "Person" ...», cit., p. p. 80-81.

<sup>36</sup>Krannich, Jess M., «The Corporate "Person" ...», cit., p. 86.

<sup>37</sup>Krannich, Jess M., «The Corporate "Person" ... », cit., p. 87.

<sup>38</sup>Abramson, Brian Dean, «Why the Limited Liability Company should sound the Death Knell of the Application of the "Nexus of Contracts" Theory to Corporations», 1 *FIU L. Rev.* 185 (2006), p. 187.

nexo a un conjunto de relaciones contractuales entre individuos<sup>39</sup>, que eran las llamadas a regularla<sup>40</sup>. Para autores como Easterbrook y Fischel, «the Corporate law is a set of terms available off the rack so that participants in corporate ventures can save the cost of contracting»<sup>41</sup>; mientras, para otros, y enlazando con las teorías expresadas años atrás por Adam Smith en *Wealth of Nations*, sería el mercado quien forzaría a las *corporations* a acordar contractualmente con sus inversores las estructuras más adecuadas para satisfacer las necesidades de estos<sup>42</sup>.

Estas teorías «contractuales» han sido ampliamente debatida en los últimos tiempos<sup>43</sup>, como lo ha sido, en general, la visión económica del Derecho de la que surge y la influencia que ello tiene a la hora de discernir qué papel ha de jugar el *Corporate Law*<sup>44</sup>. Además, especialmente intensa sin duda ha sido en las últimas décadas la discusión en torno a la denominada responsabilidad social corporativa -*Corporate Social Responsibility*-, y particularmente sobre su alcance y límites, más allá del mero cumplimiento con el Derecho y con las normas vigentes. En este sentido, se defiende desde algunos sectores que las corporaciones, más allá de lograr el máximo beneficio para sus accionistas, cumpliendo, como hemos dicho, con el Derecho vigente, deben perseguir otros objetivos tales como un crecimiento sostenible, un acceso igualitario al empleo y, en general, una mejora del bienestar social y medioambiental<sup>45</sup>.

---

<sup>39</sup>Krannich, Jess M., «The Corporate "Person"...», cit., p. 87. En el mismo sentido, Blair, Margaret M., «Corporate Personhood and...», cit., p. 808.

<sup>40</sup>Esta teoría tiene su origen en el movimiento denominado *Law and Economics Movement* que surge en los años 70, y que, aún con un importante peso en la actualidad, propugna la aplicación del pensamiento económico al análisis de las normas jurídicas. Véase, Hovenkamp, Herbert J., «The First Great Law & Economics Movement», 42 *Stanford L. Rev.* 993 (1990). También sobre esta doctrina, véase, O'Kelley, Charles R. T., «Coase, Knight, and the Nexus-of-Contracts Theory of the Firm: A Reflection on Reification, Reality, and the Corporation as Entrepreneur Surrogate», 35 *Seattle U. L. Rev.* 1247 (2012); Bainbridge, Stephen, «The Board of Directors as Nexus of Contracts», 88 *Iowa L. Rev.* 1 (2002).

<sup>41</sup>Easterbrook, Frank H. y Fischel Daniel R., «The Corporate Contract», 89 *Colum. L. Rev.* 1416 (1989), p. 1444. Véase también al respecto, Abramson, Brian Dean, «Why the Limited Liability Company should sound...», cit., p. 206.

<sup>42</sup>Abramson, Brian Dean, «Why the Limited Liability Company Should Sound...», cit., p. p. 206-207.

<sup>43</sup>Lipson, Jonathan C., «Directors' Duties to Creditors: Power Imbalance and the Financially Distressed Corporation», 50 *UCLA L. Rev.* 1189 (2003), p. 1192; también, Abramson, Brian Dean, «Why the Limited Liability Company should sound...», cit., p. 186.

<sup>44</sup>Véase, Hansmann, Henry y Kraakman, Reinier, «Organizational Law as Asset Partitioning», 44 *European Ec. Rev.* 807 (2000).

<sup>45</sup>Conley, John M. y Williams, Cynthia A., «The Corporate Social Responsibility Movement as an Ethnographic Problem» (october 16, 2008), *UNC Legal Studies Research Paper* No. 1285631. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1285631>, p. 1.

También, Kochan, Donald J., «Corporate Social Responsibility in a Remedy-Seeking Society: A Public Choice Perspective», 17 *Chap. L. Rev.* 413 (2014); Jamison, Eric M., «The Juxtaposition of Corporate Social Responsibility Initiative and the Pursuit of Corporate Wealth Maximization», 57 *Wayne L. Rev.* 1457 (2011).

En realidad, como ha señalado algún autor, cuya opinión compartimos plenamente, los teóricos modernos tratan, cada vez más, de dejar atrás intentos pasados de encuadrar a las *corporations* en una determinada categoría legal, para centrarse en el papel que las mismas juegan en la sociedad moderna<sup>46</sup>.

Hemos de reconocer, no obstante, que la discusión más tradicional sobre si las *corporations* son una ficción o una realidad no ha desaparecido completamente y resulta especialmente relevante, como vamos a ver a continuación, cuando se trata de discernir si las mismas son titulares o no de un determinado derecho constitucional. También cuando se interpreta una determinada norma para concluir si se aplica o no a dichas entidades<sup>47</sup>.

### 2.3. Su reconocimiento constitucional

Las *corporations* no solo tienen plena capacidad jurídica y, en consecuencia, pueden hacer, como hemos dicho, todo aquello que puede hacer una persona física para el desarrollo de su actividad, sino que también, como estas, pueden ser titulares de derechos constitucionales.

Efectivamente, el Tribunal Supremo Federal ha reconocido a estas entidades algunos de los derechos reconocidos en la *Bill of Rights*.

El primer paso para la «personificación» de las *corporations* desde el punto de vista constitucional se da por el Alto Tribunal en 1886 con el dictado de la sentencia dictada en el caso *Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad Co.*<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup>Krannich, Jess M., «The Corporate "Person"... », cit., p. 89.

<sup>47</sup>Petrin, Martin, «Reconceptualizing the Theory...», cit., p. p. 12-13.

<sup>48</sup>*Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad Co.*, 118 U.S. 394 (1886). Véase en este sentido, Pollman, Elizabeth, «Reconceiving Corporate...», cit., p. p. 1642-1645; Krannich, Jess M., «The Corporate "Person": A New...», cit., p. p. 77-80; Ripken, Susanna K., «Corporates First Amendment Rights After Citizen United: An Analysis of the Popular Movement to End The Constitutional Personhood of Corporations», 14 *U. Pa. J. Bus. L.* 209 (2011), p. p. 223-224.

Antes del dictado de esta resolución, el Tribunal Supremo Federal, y al negar los demandados esta posibilidad, había declarado en la sentencia dictada en el caso *United States v. Deveaux*, 9 U.S. 61 (1809), que las personas jurídicas podía ser demandadas y entablar acciones ante los Tribunales Federales, cuya jurisdicción, según la Constitución, está limitada a la resolución de controversias entre ciudadanos de distintos Estados -*controversies between citizens of different states*-. Para el Tribunal, en una decisión adoptada por unanimidad, aún cuando a *corporation is certainly not a citizen*, no obstante estaba representada por sus miembros que sí eran ciudadanos y las auténticas partes en litigio, a quienes, por tanto, cuando eran ciudadanos de distintos Estados, no se les podía negar esta posibilidad. O'Kelley Jr. y Charles R., «The Constitutional Rights of Corporations Revisited: Social and Political Expression and the Corporation after *First National Bank v. Bellotti*», 67 *Geo. L. J.* 1347 (1979), p. 1352.

En esta resolución, relacionada con la valoración de determinadas propiedades de ciertas empresas ferroviarias para el pago de impuestos al Estado de California, el Tribunal Supremo Federal declaró que las personas jurídicas tenían derecho, como las personas físicas, a la protección de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, esto es, tenían la consideración de «persona» a estos efectos.

La *Decimocuarta Enmienda*, aprobada en el año 1868, después de declarar que todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos son ciudadanos de este país y del Estado en el que residen, sin que puedan ser privados de los derechos y privilegios que como tal les corresponden, establece que ningún Estado podrá privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso- *due process of law*-, ni denegarle dentro de su territorio la aplicación equitativa del derecho- *equal clause*-<sup>49</sup>.

Esta Enmienda está dirigida a los Estados, frente a las diez primeras de la Constitución Americana (que configuran propiamente la Carta de Derechos -*Bill of Rights*-) que aprobadas en 1791 fueron pensadas para limitar el poder del Gobierno Federal. Su aprobación respondió inicialmente al intento de evitar que los Estados y, fundamentalmente, los Estados del Sur, continuaran aplicando normas discriminatorias frente a la población afroamericana<sup>50</sup>; y progresivamente, a través de las garantías en ella consagradas -*due process of law* y *equal clause*-, ha permitido que el resto de los derechos y garantías constitucionales reconocidos en la *Bill of Rights* sean también exigibles frente al poder estatal, y no solo frente al federal.

Pues bien, en *Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad*, el Tribunal Supremo Federal consideró que las *corporations* eran personas a los efectos de la Decimocuarta Enmienda. Así lo concluye, en un pronunciamiento realizado a modo de *obiter dicta*, articulado en un solo párrafo y sin muchos argumentos que lo apoyen, manifestando literalmente lo siguiente: «el Tribunal no desea oír alegaciones sobre la cuestión de si la decimocuarta

---

<sup>49</sup>El contenido de la norma es el siguiente: «all persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws».

<sup>50</sup>Sobre los orígenes de esta norma y el papel que la misma ha desarrollado en la justicia penal de los Estados Unidos, véase, Stunz, William J., *The Collapse of American Criminal Justice*, 1ª ed., 2011, p. p. 99-157.

enmienda, que prohíbe a un Estado denegar a una persona, en su jurisdicción, una aplicación equitativa del Derecho, se aplica a las corporaciones. Nuestra opinión es que sí lo es»<sup>51</sup>.

Además del indudable reconocimiento de las *corporations* a efectos constitucionales, que supuso dicha declaración, para algunos autores la misma implicó la asunción por parte de este órgano de la teoría de la realidad. Es el caso de Laufer<sup>52</sup>, para quien, en esta resolución, se abandona la concepción tradicional de las personas jurídicas como entes artificiales y sin vida, para otorgarles personalidad propia y considerarlas *legal persons*.

En sentido contrario se han pronunciado sin embargo otros autores. Es el caso de Horwitz. Según este autor si atendemos a la materia en litigio y a los argumentos esgrimidos por los defensores de la propia corporación, lo que pretendía el Tribunal con su afirmación era declarar que los derechos de propiedad de la entidad eran dignos de protección, y ello con la intención de proteger los derechos de propiedad de los accionistas, que era lo que realmente estaba en discusión. Además, por otro lado, la fecha de la resolución es anterior a la propagación en los Estados Unidos de las ideas de Gierke y por tanto no podía suponer la asunción de una teoría que aún no se había difundido<sup>53</sup>.

En cualquier caso, y sea cuál sea la conclusión que alcancemos al respecto, lo que sí es indudable es que *Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad*, al considerar a las *corporations* como personas a los efectos de la Decimocuarta Enmienda, abrió la puerta al reconocimiento a su favor de otros derechos constitucionales<sup>54</sup>.

Así, el Tribunal Supremo ha reconocido que las *corporations* son titulares de los derechos consagrados en la Cuarta Enmienda, de manera que están protegidas frente a cualquier registro o incautación de sus bienes que no esté basada en una causa razonable -

---

<sup>51</sup>Véase, Horwitz, Morton J., «Santa Clara Revisited: The Development of...», cit., p. p. 173-174.

<sup>52</sup>Laufer, William S., *Corporate Bodies and Guilty...*, cit., p.11.

<sup>53</sup>Para una exposición detallada de los argumentos de este autor sobre el particular, véase Horwitz, Morton J., «Santa Clara Revisited...», cit.

<sup>54</sup>Véase, Ripken, Susanna K., «Corporates First Amendment Rights...», cit., p. 223, donde se destaca cómo, durante los primeros cincuenta años de vigencia de la Decimocuarta Enmienda, más del 50% de los casos en los que se instó su aplicación ante el Tribunal Supremo, fueron promovidos por personas jurídicas, mientras que menos del 1% de ellos estuvo relacionado con la discriminación racial. Véase también, Mayer, Carl J., «Personalizing the Impersonal...», cit., p. 581, para quien la literatura popular ha marcado el año que se dictó *Santa Clara*, como el año que las *corporations* «robaron» la Decimocuarta Enmienda.

*unreasonable searches and seizures*<sup>55</sup>. Ostenta también el derecho al proceso debido y a no ser juzgadas dos veces por los mismos hechos<sup>56</sup>, ambos incluidos en la Quinta Enmienda, aunque no del derecho a no autoincriminarse<sup>57</sup>. También tienen derecho a ser juzgadas por un Jurado, así como el derecho a ser asistidas por un abogado, sin que puedan defenderse a sí mismas<sup>58</sup>

Asimismo, son titulares del derecho a la libertad de expresión *-freedom of speech-*, consagrado en la Primera Enmienda<sup>59</sup>; mientras, recientemente, en la sentencia dictada en *FCC v. AT&T*<sup>60</sup>, el Tribunal Supremo Federal, en una resolución dictada por unanimidad, ha negado que sean titulares del derecho a la privacidad *-right of privacy-*<sup>61</sup>.

Al examinar esta jurisprudencia, la doctrina coincide<sup>62</sup> en que el Tribunal Supremo Federal no ha elaborado una doctrina propia sobre las personas jurídicas, como no ha acogido plenamente ninguna de las teorías sobre su naturaleza a las que nos hemos referido, sino que ha ido fluctuando en función de la cuestión controvertida o del derecho constitucional de que se tratase<sup>63</sup>, adoptando una aproximación que algunos han llegado a calificar como pragmática y antiteórica<sup>64</sup>, amparada en el estudio del caso concreto *-case by case-*<sup>65</sup>.

---

<sup>55</sup>En este sentido se pronunció el Tribunal, en el año 1906, en el caso *Hale v. Henkel*, 201, U.S. 43 (1906), donde declaró: «A corporation is, after all, but an association of individuals under an assumed name and with a distinct legal entity. In organizing itself as a collective body it waives no constitutional immunities appropriate to such body. Its property cannot be taken without compensation. It can only be proceeded against by due process of law, and is protected under the Fourteenth Amendment, against unlawful discrimination (...). Corporations are a necessary feature of modern business activities, and their aggregated capital has become the source of nearly all great enterprises».

<sup>56</sup>*Fong Foo v. United States*, 369 U.S. 141 (1962). Véase, Pollman, Elizabeth, «Reconceiving Corporate...», cit., p. 1656; también Mayer, Carl J., «Personalizing the Impersonal...», cit., p. p. 606-620.

<sup>57</sup>*Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906).

<sup>58</sup>Cox, James D. y Hazen, Thomas Lee, *Corporation Law*, cit., p. 4.

<sup>59</sup>*First National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978); *Citizens United v. Federal Election Commission*, 130 S. Ct. 876 (2010).

<sup>60</sup>*FCC v. AT&T*, 562 U. S. (2011)

<sup>61</sup> Esta resolución, concretamente, niega a las personas jurídicas este derecho a los efectos de aplicar una de las excepciones previstas en la *Freedom of Information Act*. Esta es una norma federal que obliga a las agencias federales, si así se le solicita, a hacer públicos determinados archivos y documentos que hayan podido recopilar en el curso de una investigación. Esta obligación de publicidad tiene varias excepciones y una de ellas es que la publicación requerida suponga una invasión de la privacidad personal. Pues bien, en *FCC v. A T&T*, la compañía de comunicaciones, AT&T, que había estado sometida a una investigación por una de estas agencias, instó ante el Tribunal Supremo la aplicación de esta excepción para impedir la publicación de determinada documentación relacionada con la misma. El Tribunal resolvió en contra entendiendo que la expresión «*personal privacy*», que era la empleada en la norma en cuestión, no era aplicable a las *corporations*.

<sup>62</sup>Véase al respecto, entre otros muchos, Pietranton, Erica, «One Case Expands and Another Narrows: Constitutional Rights as They Apply To Corporations», 30 *J.L. & Com.* 137 (2012); Pollman, Elizabeth, «Reconceiving Corporate...», cit.; Krannich, Jess M., «The Corporate "Person"...», cit; Graver, David, «Personal Bodies: A Corporeal Theory Of Corporate Personhood», 6 *U. Chi. L. Sch. Roundtable* 235 (1999); Mayer, Carl J. «Personalizing the Impersonal:...», cit.

<sup>63</sup>Véase, Johnson, Lyman, «Law and Legal Theory in the History of Corporate Responsibility: Corporate Personhood», 35 *Seattle U. L. Rev.* 1135 (2012), p.15; Pollman, Elizabeth, «Reconceiving Corporate...», cit., p. 1630; Ripken, Susanna Kim, «Corporates First Amendment Rights...», cit., p. p. 246-247; Krannich, Jess M., «The

En efecto, como adelantamos, es aquí, al analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal sobre qué derechos de los proclamados en la Bill of Rights pueden ser atribuidos a las *corporations*, donde el debate tradicional relativo a la naturaleza de las personas jurídicas ha permanecido más presente, al tratar de discernirse por la doctrina norteamericana qué son las personas jurídicas para este órgano o, más exactamente, qué concepción sobre las mismas subyacen en los razonamientos expuestos en cada una de las sentencias citadas; alcanzando al respecto las conclusiones expuestas sobre esa falta de elaboración de una concepción clara y concreta.

Compartimos estas conclusiones, pero no «la extrañeza» que ello parece causar en alguno de los autores que la sostienen, porque, en nuestra opinión, esa ausencia de un mayor desarrollo teórico o dogmático puede apreciarse también en otras materias que son objeto de estudio por el Tribunal Supremo Federal, siempre cercano al supuesto de hecho presentado ante él, y siempre impregnado de ese pragmatismo, que estos autores parecen criticar en este extremo concreto.

Efectivamente, en ninguna de las resoluciones que hemos mencionado apreciamos una gran elaboración teórica o dogmática sobre qué sea una *corporation* o sobre su personalidad jurídica. Es el caso de *Santa Clara* o de *FCC v. AT&T*, separadas por más de un siglo<sup>66</sup>.

También es el caso de la sentencia dictada en *First National Bank of Boston v. Bellotti*<sup>67</sup>, o la más reciente dictada en el caso *Citizens United v. Federal Election Commission*<sup>68</sup>, ambas

---

Corporate "Person"..., cit., p. 62; Graver, David, «Personal Bodies...», cit., p. 236 y 240. También, Mayer, Carl J., «Personalizing the Impersonal...», cit., p. p. 621-622, examinando la sentencia dictada en *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906), en la que el Tribunal Supremo Federal, para negar a las *corporations* el derecho a no autoincriminarse, se ampara en la teoría de la ficción, y para declarar, en la misma resolución, que sí gozan del derecho a no ser objeto de irrazonables registro o incautaciones de bienes, abraza la teoría de la realidad.

<sup>64</sup>Mayer, Carl J., «Personalizing the Impersonal: ...», cit., p. 75.

<sup>65</sup>Ripken, Susanna K., «Corporates First Amendment Rights...», cit., p. 246.

<sup>66</sup> En este sentido, se pronuncia Laufer, para quien ni en *Santa Clara* ni en otras resoluciones se exponen consideraciones teóricas sobre la personalidad jurídica que se reconoce a las *corporations* o sus implicaciones; respondiendo más bien los pronunciamientos que en ellas se contienen a consideraciones de política económica o pública. Véase, Laufer, William S., *Corporate Bodies and Guilty...*, cit., p. 51.

En esta línea, podríamos destacar cómo en la sentencia dictada en *FCC v. AT&T* el Tribunal, para concluir que las *corporations* no tiene derecho a la privacidad, se limita a realizar una interpretación literal de los términos empleados en la norma cuestionada, así como a valorar su contexto. De esta forma, sigue la línea interpretativa marcada en la sentencia del caso *Rowland v. California Men's Colony, Unit II Men's Advisory Council*, a la que también hicimos referencia con anterioridad.

<sup>67</sup>*First National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978).

<sup>68</sup>*Citizens United v. Federal Election Commission*, 130 S. Ct. 876 (2010).



relacionadas con el derecho a la libertad de expresión, donde también se aprecia esta falta de construcción teórica.

En esta última decisión, adoptada por una ajustada mayoría de cinco a cuatro, el Tribunal Supremo Federal, confirmando la doctrina instaurada en *Bellotti*, reitera que las personas jurídicas son titulares del derecho a la libertad expresión consagrado en la Primera Enmienda que, según el Tribunal, no admite restricciones amparadas en el hecho mismo de que estas entidades sean personas jurídicas y no físicas, pues unas y otras han de jugar en el contexto político, que es en el que se planteaba el asunto litigioso, «el mismo papel». Este reconocimiento de que las *corporations* son titulares de esa libertad de expresión, cuyo ejercicio el Tribunal, por otro lado, considera esencial en el contexto político, le conduce a declarar contraria a la Constitución una norma federal que prohibía a las *corporations* y a los sindicatos determinadas contribuciones directas o indirectas a las campañas electorales federales. El Gobierno, dice literalmente el Tribunal en *Citizens United*, citando lo dicho en *Bellotti*, «no restringir la libertad de expresión en el ámbito político porque aquel que habla sea una corporación»<sup>69</sup>.

Para los Jueces que suscriben sin embargo el voto disidente, la mayoría se equivoca al realizar esta equiparación, pues es evidente que las *corporations* son diferentes de los individuos. En primer lugar, sus titulares y directivos ostentan una responsabilidad limitada; en segundo lugar, disfrutan, frente a las personas físicas, de una *perpetual life*; en tercer lugar, se caracterizan por la separación entre la propiedad de la misma y su control; y por último, no tienen «ni conciencia, ni creencias, ni sentimientos, ni pensamientos, ni deseos»<sup>70</sup>. Para los Jueces Stevens, Ginsburg, Breyer y Sotomayor, firmantes de este voto disidente, las *corporations* no están incluidas en la expresión «We the People», para quién y por quién se aprobó la Constitución.

---

<sup>69</sup>Este pronunciamiento ha generado una importante polémica porque, como expone el Juez Stevens, en el voto disidente que suscriben el Juez Ginsburg y la Juez Sotomayor, puede conducir a que las *business corporations* más poderosas ejerzan una influencia excesiva en las campañas electorales, distorsionando su resultado. Véase, Johnson, Lyman. «Law and Legal Theory...», cit., p. 1141. También sobre esta sentencia, véase, Sheyn, Elizabeth R., «The Humanization of the Corporate Entity: Changing Views of Corporate Criminal Liability in the Wake of *Citizens United*», 65 *U. Miami L. Rev.* 1 (2010), p. p. 28-39; o, Gans, David H. y Kendall, Douglas T., «A capitalist Joker: The Strange Origins, Disturbing Past, and Uncertain Future of Corporate Personhood in American Law», 44 *J. Marshall L. Rev.* 643 (2011).

<sup>70</sup>En este sentido, Johnson, Lyman, «Law and Legal Theory...», cit., p. 1141.

Porque la mayoría del Tribunal Supremo realiza en *Citizens United* esta equiparación entre *corporations* y personas físicas, algunas voces propugnaron una ampliación de los derechos constitucionales que le corresponden a estas entidades, reclamando que dicho órgano debería replantearse, entre otras cuestiones, su negativa a reconocerles el derecho a no autoincriminarse<sup>71</sup>.

No pareció acoger esta línea, sin embargo, el Alto Tribunal en la sentencia dictada en *FCC v. AT&T*<sup>72</sup>, donde, como hemos dicho, negó que las corporaciones ostentaran el *right of privacy*, indicando así, según algún autor<sup>73</sup>, que, a pesar de las afirmaciones que se hacen en *Citizens United*, el Tribunal reconoce en realidad que las personas jurídicas y las físicas no pueden ser tratadas constitucionalmente de la misma manera.

### 3. *Unincorporated entities*

De conformidad con las consideraciones expuestas con anterioridad, la expresión *unincorporated entities*, *unincorporated organizations* o *unincorporated associations* hace referencia a aquellas agrupaciones de individuos a las que se les reconoce existencia independiente y personalidad jurídica, pero que, sin embargo, no han sido constituidas como una *corporation*. Es el caso, fundamentalmente, de las *partnerships* y de las *associations*; aunque también de los *business trust* y de las *joint stock companies*.

Lógicamente, para que un grupo de personas pueda ser reconocido legalmente como una entidad distinta de sus socios debe estar relativamente bien organizado y estructurado; y estar dotado de unas normas de funcionamiento, que le conviertan en algo más que una mera asociación informal de individuos<sup>74</sup>.

Esta equiparación, a los efectos ya indicados, entre *corporated* y *unincorporated entities*, es fruto de una evolución jurisprudencial, que se tradujo con posterioridad en las normas de derecho positivo. Inicialmente, para el *common law*, y como adelantamos, las *unincorporated*

---

<sup>71</sup>Véase, Sheyn, Elizabeth, R., «The Humanization of the Corporate Entity...», cit., p. 40.

<sup>72</sup>*FCC v. AT&T*, 562 U. S. (2011).

<sup>73</sup>Véase, Pietranton, Erica, «One Case Expands and Another Narrows... », cit., p. 137.

<sup>74</sup>En este sentido, *Bellis v. United States*, 417 U.S. 85 (1974), citando a su vez a *United States v. White*, 322 U. S. 694 (1944). Ambas resoluciones del Tribunal Supremo Federal reconocieron, con base en estos argumentos, que tanto una *partnership*, como una *labor union*, eran entidades legales con existencia propia e independiente, cuando entonces dicha existencia, como veremos a continuación, aún era objeto de discusión en ambos casos.

*entities* constituían una mera agregación de individuos que, como tal no tenía existencia independiente.

Por ello, los debates que hemos expuesto en el apartado anterior, relacionados con la naturaleza de las personas jurídicas o su consideración como sujeto de derechos constitucionales, se desarrollaron esencialmente en torno a las *corporations*, cuya existencia como ente independiente, sin perjuicio de la discusión sobre su naturaleza, fue reconocida desde un principio, ya derivara, como en el época colonial, de la gracia real, o ya lo hiciera directamente de la ley, como ocurrió cuando se generalizaron las normas estatales que regulaban el proceso para su constitución<sup>75</sup>.

En definitiva, las *corporations* siempre fueron «las personas jurídicas por excelencia». De hecho estas continúan monopolizando hoy la mayor parte de la literatura científica y de la práctica de los Tribunales relacionada con estas entidades<sup>76</sup>.

No obstante lo expuesto, y dada su condición de personas jurídicas, resulta necesario hacer referencia a los tipos más relevantes de *unincorporated entities* y explicar sus características esenciales.

### **3.1. Las *partnerships***

#### **3.1.1. General Partnerships**

En lugar de constituir una *corporation*, las personas, a la hora de ejercer conjuntamente una actividad económica, pueden inclinarse por formar una *partnership*, esto es, en una primera aproximación, una asociación de dos o más personas que se unen para ejercer, en condición de cotitulares, una determinada actividad mercantil con ánimo de lucro<sup>77</sup>.

A diferencia de las *corporations*, su existencia sólo precisa el acuerdo entre sus miembros, que puede ser oral, sin que sea necesario el otorgamiento de ningún documento

---

<sup>75</sup>Cuando en su momento examinemos la evolución histórica de estas entidades, volveremos sobre este extremo.

<sup>76</sup>También son las entidades más importantes desde el punto de vista económico. Sobre las diferencias desde esta perspectiva entre las *corporations* y las *partnerships*, véase, Scheneeman, Angela, *The Law of Corporations and others Business Organizations*, cit., p. 262.

<sup>77</sup>Véase, el artículo primero- *general provisions*-, sección 101- *definitions*- apartado (6)- de la *Uniform Partnership Act* (1997), según el cual: «“Partnership” means an association of two or more persons to carry on as co-owners a business for profit formed under Section 202, predecessor law, or comparable law of another jurisdiction».

«oficial»<sup>78</sup>. Sus socios responderán personalmente de las deudas que contraigan en el ejercicio de dicha actividad y tendrán derecho a participar de una manera equitativa en la llevanza y dirección de la misma. Asimismo, tendrán derecho a participar en los beneficios que se generen en proporción a su aportación, la cual no es transferible libremente, debiendo todos los socios dar su consentimiento para la admisión de uno nuevo<sup>79</sup>.

Por otro lado, como expusimos al inicio de este capítulo, una *partnership* es una entidad legal distinta de sus socios. Así lo declara expresamente, asumiendo la posición de los ordenamientos estatales y la práctica generalizada de los Tribunales, el apartado (a) de la sección 201 -*partnership as entity*- del artículo segundo -*nature of partnership*- de la *Uniform Partnership Act* (1997).

La *Uniform Partnership Act* es la propuesta legislativa aprobada, para este tipo de entidades, por la *Uniform Law Commission* y ha sido acogida por la mayoría de las legislaciones estatales<sup>80</sup>. Inicialmente aprobada en el año 1914, ha sufrido desde entonces distintas modificaciones, una de ellas especialmente importante en el año 1992; datando su última versión del año 1997<sup>81</sup>.

Fue precisamente la reforma del año 1992 (que dio lugar al texto conocido como *Revised Uniform Partnership Act* –RUPA–) la que introdujo en su texto el apartado a) de la sección 201, que implica la asunción expresa respecto a las *partnerships* de la denominada *entity theory*<sup>82</sup> y, en consecuencia, el abandono de la *aggregate theory* predominante en el *common law*. Efectivamente, una de las cuestiones que históricamente han sido más discutidas en el *Partnership Law* ha sido si este tipo de sociedad era una entidad y, por tanto, una *legal*

---

<sup>78</sup>Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. 3. No obstante este hecho, sin duda, el contenido del acuerdo entre los socios tiene una importancia fundamental. Se trata de un contrato y como tal ha de ser cumplido, regulando aspectos tales como la forma en la que se repartirán las ganancias y las pérdidas o la manera de dirigir la entidad. No podrá sin embargo modificar atributos básicos de esta forma societaria como es la responsabilidad ilimitada de sus socios. Véase, Shade, Joseph, *Business Associations*, cit., p. 42

<sup>79</sup>Véase, Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. p. 5-14. También, Scheneeman, Angela, *The Law of Corporations and others Business Organizations*, cit., p. p. 57-118; Harris, Lee, *Mastering Corporations and other Business Entities*, cit., p. p. 29-52. Y en general, sobre este tipo de entidades, Callison, J. William, *Partnership Law and Practice: General and Limited Partnerships*, 4ª ed., 2014.

<sup>80</sup>Para conocer qué Estados concretos han trasladado a sus ordenamientos esta propuesta legislativa, véase la información facilitada al respecto por la *Uniform Law Commission* en su página web: [www.uniformlaws.org](http://www.uniformlaws.org).

<sup>81</sup>Para un estudio más detallado sobre la distintas modificaciones que ha sufrido esta propuesta, véase, Hixson, Tiffany A., «Notes: The Revised Uniform Partnership act-breaking UP (Or breaking off) is hard to do: Why the right to "Liquidation" does not guarantee a forced sale upon dissolution of the partnership», *31 W. New Eng. L. Rev.* 79 (2009), p. p. 800-809. También, Scheneeman, Angela, *The Law of Corporations and others Business Organizations*, cit., p. p. 61-62.

<sup>82</sup>Véanse los comentarios que en el texto de la propuesta se refieren al precepto citado.

person separada de sus socios –*entity theory*–, o si por el contrario, era la mera suma de estos, una mera relación entre sus miembros, que decidían, como co-dueños, dirigir un negocio<sup>83</sup>.

La sección 201 del artículo segundo de la *Uniform Partnership Act* (1997) acoge la primera de estas teorías, aún cuando mantiene la definición original, recogida en el texto de 1914, que al definir a estas entidades como «an association of two or more persons to carry on as co-owners a business for profit» parece responder, como aquel texto, a la segunda de ellas<sup>84</sup>.

Las *partnerships*, por supuesto, pueden actuar en su propio nombre, celebrar contratos, o ser propietarias de bienes; como también ser demandadas o entablar sus propias acciones judiciales. Asimismo serán responsables de los actos u omisiones ilícitas que hayan realizado sus socios en el curso de la actividad propia de la misma<sup>85</sup>.

Sólo a efectos fiscales, y frente al tratamiento que reciben las *corporations*, las *partnerships* no tienen la consideración de *separately-taxable entities*. A estos efectos son consideradas como una mera agregación de individuos; estos deben declarar los beneficios obtenidos como ingresos individuales, incluso aunque permanezcan en la entidad y no se distribuyan entre ellos<sup>86</sup>.

Por otro lado, cualquiera de los razonamientos empleados por el Tribunal Supremo Federal para reconocer a una *corporation* un derecho constitucional, son, en nuestra opinión, igualmente trasladables a estas entidades; como lo serían a cualquier *unincorporated*

---

<sup>83</sup>Rosin, Gary S., «The Entity-Aggregate Dispute: Conceptualism and Functionalism in Partnership Law», 42 *Ark L. Rev.* 395 (1989), p. 396.

<sup>84</sup>Véase, Rosin, Gary S., «The Entity-Aggregate Dispute:...», cit., p. p. 402-403, donde se explica que fueron dos las propuestas de definición que se presentaron ante la Comisión en los debates previos a la aprobación, en 1914, de la primera *Uniform Partnership Act*. Una de ellas coincide con la que hoy continúa existiendo en el artículo primero, y la segunda, que fue finalmente rechazada, definía una *partnership* como «a legal person formed by the association of two or more individuals for the purpose of carrying on a business for profit». Sobre las críticas que generó este primer texto, y su asunción de la *aggregate theory*, véase, Crane, Judson, A., «The Uniform Partnership Act and Legal Persons», 29 *Harv. L. Rev.* 838 (1915).

<sup>85</sup>Véase el artículo 3 -*Relations of Partners to Persons Dealing with Partnership*-, sección 305 -*Partnership Liable for Partner's actionable conduct*- de la *Uniform Partnership Act*, según el cual: «(a) A partnership is liable for loss or injury caused to a person, or for apenalty incurred, as a result of a wrongful act or omission, or other actionableconduct, of a partner acting in the ordinary course of business of the partnership orwith authority of the partnership».

<sup>86</sup>Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. 9. También, Scheneeman, Angela, *The Law of Corporations and others Business Organizations*, cit., p. 81; Shade, Joseph, *Business Associations*, cit., p. 41.

Cumpliendo determinados requisitos, como son, entre otros, no tener más de setenta y cinco accionistas, y que todos ellos sean personas físicas, *estates* o ciertos trusts, una *corporation* puede elegir someterse a un régimen fiscal similar al de las *partnership*. Son las llamadas *S Corporation*, porque a ellas se refiere el *Subchapter S* del capítulo primero del *Internal Revenue Code*. Véase, Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. 10.

*organizations*, a la que se le reconociera existencia legal. De hecho, planteada ante este Tribunal la posibilidad de que estas entidades gozaran del derecho a no autoincriminarse, su rechazo, en la sentencia dictada en el caso *Bellis v. United States*<sup>87</sup> se amparó en idénticos argumentos a los empleados para negar tal derecho a las *corporated organizations*; entendiéndose que no existía razón alguna para no aplicar tales argumentos a este tipo de entidades.

### **3.1.2. *Limited Liability Partnership* (LLP) y *Limited Partnership***

Junto a la clase de *partnership* descrita en el apartado anterior, que sería la más general, caracterizada, como hemos dicho, por la responsabilidad ilimitada de sus socios, existe la denominada *Limited Liability Partnership* (LLP), en la que los socios pueden limitar su responsabilidad por las deudas de la entidad; se modifica así una regla, la de la responsabilidad personal de los socios, que ha estado vigente en el Derecho anglo-americano que regula las *partnerships* durante siglos<sup>88</sup>.

La primera ley que reguló esta nueva forma societaria fue una norma del Estado de Texas de 1991. En la actualidad, se encuentra reconocida por todos los Estados<sup>89</sup>.

La *Uniform Partneship Act*, por su parte, le dedica una serie de normas. De conformidad con las mismas su constitución exige el cumplimiento de una serie de requisitos formales, que se regulan con detalle y que incluyen, como para la constitución de una *corporation*, la presentación de un documento ante la Secretaría de Estado, que se conoce como *statement of qualification*<sup>90</sup>.

Esta forma societaria es comúnmente utilizada por las firmas que prestan servicios profesionales, como los despachos de abogados o las compañías auditoras, porque, siendo limitada la responsabilidad de sus socios, los protege de las obligaciones en las que pudiera incurrir la *partnership* en caso de mala praxis de alguno de ellos<sup>91</sup>.

Junto a las *Limited Liability Partnerships*, encontramos las *Limited Partnerships*. En ellas, existen uno o más *general partners* y uno o más *limited partners*, los cuales, y esta es la

---

<sup>87</sup>*Bellis v. United States*, 417 U.S. 85 (1974).

<sup>88</sup>Shade, Joseph, *Business Associations*, cit., p. 44

<sup>89</sup>Scheneeman, Angela, *The Law of Corporations and others Business Organizations*, cit., p. 169. También, Shade, Joseph, *Business Associations*, cit., p. 45.

<sup>90</sup> Véase el artículo 10 -*Limited Liability Partnership*- de la UPA.

<sup>91</sup>Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. 5. También, Scheneeman, Angela, *The Law of Corporations and others Business Organizations*, cit., p. 169.

característica principal de este tipo de entidad, por el hecho mismo de ser socios de la misma no responderán personalmente de las obligaciones de la entidad cualquiera que sea su origen<sup>92</sup>; una entidad en cuyo nombre, por otro lado, no podrán actuar, como no participarán en la llevanza del negocio. En este sentido, su posición es similar a la de los accionistas de una sociedad de capital<sup>93</sup>.

Su origen se sitúa en la revolución industrial del siglo XIX. Las empresas comenzaron a aumentar de tamaño y a necesitar más capital del que podían aportar aquellos que participaban en su actividad. Por ello se buscan *passive investors*, que inviertan dinero pero sin participar en la llevanza del negocio. Y para atraerlos y vencer su desconfianza, las legislaciones estatales, tomando prestado un concepto europeo, comenzaron a limitar la responsabilidad de estos últimos al importe de su inversión<sup>94</sup>.

La constitución de este tipo de sociedad mercantil exige, como en el caso de la *Limited Liability Partnership*, el cumplimiento de una serie de requisitos formales, similares, por otro lado, a los exigidos para la constitución de una *corporation*.

### 3.1.3. *Limited Liability Companies*

Si hay un tipo de sociedad mercantil que ha crecido en los últimos tiempos, y particularmente, desde los años noventa, es la denominada *Limited Liability Company*<sup>95</sup>. De hecho, en la actualidad, es el tipo de *unincorporated entity* más predominante<sup>96</sup>.

Reconocida legalmente en la actualidad en casi todos los Estados<sup>97</sup>, comparte características de las *corporations* y de las *partnership*, ofreciendo las ventajas de ambas<sup>98</sup>.

---

<sup>92</sup>Véase el artículo 3- *Limited Partners*-, sección 303 –*No Liability as Limited Partner for limited*- de la *Uniform Limited Partnership Act* (2001), según el cual: «an obligation of a limited partnership, whether arising in contract, tort, or otherwise, is not the obligation of a limited partner. A limited partner is not personally liable, directly or indirectly, by way of contribution or otherwise, for an obligation of the limited partnership solely by reason of being a limited partner, even if the limited partner participates in the management and control of the limited partnership».

<sup>93</sup>Véase el artículo 3- *Limited Partners*-, sección 302- *No Right or Power As Limited Partner to Bind*- de la *Uniform Limited Partnership Act* (2001). Véanse asimismo los comentarios a este artículo. En general sobre este tipo de entidades, véase, Scheneeman, Angela, *The Law of Corporations and others Business Organizations*, cit., p. p. 119-167; Harris, Lee, *Mastering Corporations and other Business Entities*, cit., p. p. 59-76.

<sup>94</sup>Véase, Shade, Joseph, *Business Associations*, cit., p. p. 42-44.

<sup>95</sup>Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. 11. También, Shade, Joseph, *Business Associations*, cit., p. 50. Sobre este tipo de entidades, véase asimismo, Sargent, Mark y Schwidetzky, Walter, *Limited Liability Company Handbook*, ed. 2013-2014.

<sup>96</sup>Scheneeman, Angela, *The Law of Corporations and others Business Organizations*, cit., p. 209.

Como las primeras sus «miembros» no son personalmente responsables de las deudas sociales; pero su régimen fiscal es similar al de las segundas. Además, y entre otras características, su funcionamiento interno es más flexible que el de las *corporations* y no están sometidas a algunas de las restricciones que las normas imponen a estas en la disposición de sus recursos financieros, entre ellos, sus dividendos<sup>99</sup>.

### 3.2. *Non profit associations*

#### 3.2.1. En general

Si las *partnerships*, según la definición que hemos dado, son una asociación de dos o más personas que se unen para ejercer, en condición de cotitulares, una determinada actividad mercantil con ánimo de lucro, cuando esa «agrupación» de personas surge para realizar una actividad, también común, pero con la que no se persigue ningún ánimo de lucro – *nonprofit purpose*-, nos encontraremos ante una *nonprofit association*<sup>100</sup>.

Dos características definen estas organizaciones: son *unincorporated organizations*, con el significado que hemos atribuido a este término; y el propósito común que con ellas se persigue es ajeno al mundo de los negocios.

En esta línea, se pronuncia el modelo de regulación propuesto respecto a las mismas por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, y al que se ha denominado, *Uniform Unincorporated Nonprofit Association Act*<sup>101</sup>.

---

<sup>97</sup>La *Uniform Law Commission* ha aprobado, por su parte, la *Uniform Limited Liability Company*. Siendo la última versión, la *Revised Uniform Limited Liability Company* del año 2006. La primera ley estatal que creó este tipo de entidad fue adoptada en Wyoming in 1977. Sobre su historia, véase, Ribstein, Larry, E., «The Emergence of the Limited Liability Company», *51 Bus. Law.* 1 (1995), p. 3-4.

<sup>98</sup>Scheneeman, Angela, *The Law of Corporations and others Business Organizations*, cit., p. 209.

<sup>99</sup>Véase, Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. p. 11-14.

<sup>100</sup>En general sobre este tipo de entidades, véase, Fishman, James J. y Shwarz Stephen, *Non Profit Organizations. Statutes. Regulations and Forms*, 3ª ed., 2010. También, Lieber, F. y Levy, Donald, *Complete Guide to Nonprofit Organizations*, 1ª ed., 2005.

<sup>101</sup> Véase su sección segunda –*definitions*- y los comentarios que la acompañan.

La propuesta original de este texto articulado (UUNAA) fue promulgada en el año 1996 y fue adoptada entonces por un total de 12 Estados. En el año 2005, se entendió que debía ser revisado y puesto al día, dando lugar, tres años después, al *Revised Uniform Unincorporated Nonprofit Association Act*, a cuyo texto atenderemos. Como explica el propio texto en sus explicaciones introductorias, la regulación de este tipo de asociaciones en la mayoría de los Estados es un «batiburrillo» entre los principios del *common law* y las normas legales que regulan ciertos aspectos de las mismas. Véase también al respecto, Millert, Elizabeth S., «Doctoring the Law of Nonprofit Associations with a Band-aid or a Body Cast: a Look at the 1996 and 2008 Uniform Unincorporated Nonprofit Association Acts», *38 Wm. Mitchell L. Rev.* 852 (2012), p. 853.



Las finalidades de estas asociaciones puede ser de los más variados: religiosa, filantrópica, educacional, científica, social, profesional o deportiva, entre otras muchas; y pueden buscar el interés público o el mutuo de sus miembros. Se incluyen por tanto expresamente las iglesias, los clubes, las asociaciones de propietarios y las organizaciones deportivas<sup>102</sup>.

Su constitución está sujeta a pocos requisitos formales, no exigiendo ni siquiera la constancia por escrito del acuerdo de su constitución, que podrá ser incluso implícito<sup>103</sup>.

Como ocurría también en el caso de las *partnership*, el texto articulado propuesto por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* resalta expresamente la idea de que estas asociaciones son una entidad legal distinta de sus miembros y sus directivos; tratando de desterrar de esta manera la concepción tradicional, también vigente respecto a ellas en el *common law*, según la cual este tipo de asociaciones carecían de una existencia separada de las de sus miembros y como tales no podía ostentar o transmitir la propiedad de bienes, o demandar y ser demandadas en su propio nombre<sup>104</sup>; actos todos ellos para los que sí se les reconoce capacidad en la actualidad.

Como consecuencia, también podrán incurrir en responsabilidades (contractuales, extracontractuales o de otro tipo), cuyas consecuencias no se extenderá sin más a sus miembros o directivos por el hecho mismo de serlo. En este sentido, este tipo de asociaciones también son organizaciones de responsabilidad limitada<sup>105</sup>.

---

<sup>102</sup>Véanse los comentarios que acompañan a la sección segunda -*definitions*- de la *Revised Uniform Unincorporated Nonprofit Association Act*.

<sup>103</sup>Véase la sección segunda -*definitions*- de la *Revised Uniform Unincorporated Nonprofit Association Act*, y los comentarios que la acompañan.

<sup>104</sup>Véanse los comentarios que acompañan a la sección quinta del texto articulado. También su texto introductorio, según el cual: «In the United States UNAs are governed by a hodgepodge of common law principles and statutes governing some of their legal aspects. Many of the existing statutes are designed to ameliorate some of the legal problems that arise from the basic common law concept that UNAs are merely aggregates of individuals and not legal entities. Under the traditional common law aggregate theory, for example, a UNA could not hold or convey property in its own name or sue or be sued in its own name». Véase asimismo, Millert, Elizabeth S., «Doctoring The Law of Nonprofit Associations ... », cit., p. p. 856-857.

<sup>105</sup>Dice al respecto la sección octava - *liability*- de la *Revised Uniform Unincorporated Nonprofit Association Act* :«(a) A debt, obligation, or other liability of an unincorporated nonprofit association, whether arising in contract, tort, or otherwise: (1) is solely the debt, obligation, or other liability of the association; and (2) does not become a debt, obligation, or other liability of a member or manager solely because the member acts as a member or the manager acts as a manager».

### 3.2.2. Las *Labor Unions*

Los sindicatos son un tipo de asociación sin ánimo de lucro como el que acabamos de analizar; aunque sin duda sus funciones y facultades difieren en mucho de las que puede corresponder, por ejemplo, a una fraternidad o a una Iglesia<sup>106</sup>.

Como estas y, en general, como todas las *unincorporated associations*, no vieron reconocido un status legal propio, distintos de los miembros que lo conformaban, que les dotara de capacidad jurídica independiente, hasta que así se lo reconocieron paulatinamente tanto los Tribunales, como el legislador, estatal y federal, impulsado además, en su caso, por un intento de proteger sus actividades<sup>107</sup>.

Particularmente importante resultó el pronunciamiento del Tribunal Supremo Federal de principios del siglo XX, en el caso *United Mine Workers v. Coronado Coal Co*<sup>108</sup>, en el que el Alto Tribunal, al cuestionarse la posibilidad de que los sindicatos, siendo *unincorporated associations*, pudieran ser demandados, reconoció sin duda la existencia legal de los mismos debido a su crecimiento y la necesidad de las funciones que cumplían<sup>109</sup>.

Como consecuencia de este pronunciamiento, la entidad sindical, demandada en este procedimiento por una serie de empresarios, fue declarada responsable de algunos actos violentos cometidos por sus miembros durante una huelga.

En la actualidad la consideración de los sindicatos como *legal entity* no admite dudas.

Cabe indicar, por último que, excepcionalmente, las entidades sindicales pueden constituirse como una *nonprofit corporation*.

---

<sup>106</sup>Amster, Glenn J., «Notes. Labor Union Bankruptcy», 1978 *Wash. U. L. Q.* 341 (1978), p. 351.

<sup>107</sup>Véase sobre esta cuestión, Harris, Ron, «The Transplantation of the Legal Discourse on Corporate Personality...», cit., p. p. 1450-1456; Amster, Glenn J., «Notes. Labor...», cit., p. p. 352- 358.

<sup>108</sup>*United Mine Workers v. Coronado Coal Co.*, 259 U.S. 344 (1922).

<sup>109</sup>Se declaraba al respecto en la resolución dictada: «undoubtedly at common law an unincorporated association of persons was not recognized as having any other character than a partnership in whatever was done, and it could only sue or be sued in the names of its members, and their liability had to be enforced against each member....But the growth and necessities of these great labor organizations have brought affirmative legal recognition of their existence and usefulness and provisions for their protection, which their members have found necessary».

### 3.3. Los trusts

El *trust* es una figura tradicional del Derecho angloamericano, que surge a finales de la Edad Media como medio para transmitir el patrimonio familiar<sup>110</sup>, y que consiste básicamente en la transmisión que una persona –*settlor*- hace a otra –*trustee*- de unos determinados bienes, con la finalidad de que los administre en beneficio de otra u otras personas concretas –*beneficiaries*- o de una finalidad determinada –*Charitable u Honorary trusts*-.

Así entendido, el *trust* es generalmente una institución para la conservación y protección de la propiedad, en el que los derechos de los beneficiarios surgen de la voluntad del *settlor* que gratuitamente lo constituye a su favor<sup>111</sup>.

No siempre estos *trusts* persiguen esa finalidad «gratuita», ligada a esa conservación de la propiedad, sino que en ocasiones se constituyen con una finalidad económica o financiera –*commercial purpose*-. Surgen así los *commercial trusts*, con cuya constitución, el *settlor*, a diferencia de la figura más tradicional, persigue la obtención de algún beneficio económico<sup>112</sup>.

Es el caso, por ejemplo, de muchos de fondos de pensiones o fondos de inversión –*mutual funds*- que en la actualidad se organizan como *trusts*<sup>113</sup>; o también el de ciertas empresas, que se articulan a través de esta figura jurídica, que sirve como vehículo para el ejercicio de su actividad. En este último caso, sintéticamente, varias personas transfieren su propiedad a los *trustee* que, ejerciendo el control sobre el *trust* de manera independiente de los

---

<sup>110</sup>Langbein, John H., «The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce», 107 *Yale L.J.* 165 (1997), p. 165. Una exposición más detallada sobre el origen histórico de esta figura y su desarrollo en el *common law* puede verse en Hansmann, Henry y Mattei, Ugo, «The Functions of Trust Law: A comparative Legal and Economic Analysis», 73 *N.Y.U. L. Rev.* 434 (1998), p. 439-440. En este trabajo también se aportan algunas razones por las que esta figura no se desarrolló en los países del *continental law*; entre ellas, el hecho de que durante la Revolución Francesa cualquier «división» del derecho de propiedad se consideró una característica propia del feudalismo, y por tanto, esta posibilidad quedó circunscrita a un número de figuras jurídicas muy limitado como las servidumbres o los usufructos. Se destaca, sin embargo, algunas instituciones de Derecho Civil que comparten algunas de las características propias de los *trusts*. Véanse, p. p. 440-445.

<sup>111</sup>Christy, Ryan A., «Redefining the Juridical Person: Examining the Business Trust and Other Unincorporated Associations for Citizenship Purposes», 6 *Duq. Bus. L.J.* 137 (2004), p. 149. En general sobre esta figura, véase, Riches Judith, *Optimize Equity and Trusts*, 1ª ed., 2014. También, Hudson, Alastair, *Understanding Equity and Trusts*, 4ª ed., 2013.

<sup>112</sup>Véase, Cox, James D. y Hazen, Thomas Lee, *Corporation Law*, cit., p. p. 9-10. También, Schwarcz, Steven L., «Commercial Trusts as Business Organizations: Unraveling the Mystery», 58 *Bus. Law* 559 (2003), p. 562.

<sup>113</sup>Hansmann, Henry y Mattei, Ugo, «The Functions of Trust Law: A Comparative and Economic Analysis», 73 *N.Y.U. L. Rev.* 434 (1998) p. 436. Para un examen más detallado sobre estos y otros tipos de *commercial trusts*, véase, Steven L. Schwarcz, «Commercial Trusts as Business Organizations...», cit.

primeros, han de entregarles a ellos o a sus *successors in interest*, los beneficios obtenidos por el ejercicio de la actividad de que se trate<sup>114</sup>.

La utilización del *trust* para el ejercicio de una actividad económica, también conocida en el *common law*, ha sido regulada en muchos Estados, precisamente, para paliar las posibles dificultades de la utilización de esta figura con esa finalidad empresarial. De esta forma, esta modalidad de *trust* se admite como un tipo de *business organizations*<sup>115</sup>.

Cuando ello es así, la constitución de estos *business trusts*, y a diferencia de los *common law business trusts* se somete a determinados requisitos formales, que incluyen de ordinario la intervención de un funcionario público – *public official*-, ante el cual ha de formalizarse el denominado *certificate of trust*. Surge así un *statutory business trust*, *statutory trust entity* o *statutory trust* que como tal, y a diferencia de la institución tradicional, es una entidad legal o jurídica, distinta de los *trustees* y de sus beneficiarios, que tiene capacidad para demandar y ser demandada, para ser propietaria o para contratar en su propio nombre<sup>116</sup>.

### 3.4. Las *Joint Stock Companies*

Una *joint stock company* es una *business organization* en la que, como las *corporations*, su capital está dividido en acciones, pero en la que sus socios, a diferencia de estas y de manera similar a las *partnerships*, responden personalmente de las deudas sociales. De nuevo estamos ante una entidad híbrida que no ha sido constituida formalmente como una *corporation*, y que comparte alguna característica de ella, como es la división de su capital en acciones libremente

---

<sup>114</sup>Véase, Cox, James D., Hazen, Thomas Lee, *Corporation Law*, cit., p. p. 9-10. También, Christy, Ryan A, «Redefining the Juridical Person: ...», cit., p. 149.

<sup>115</sup>Véase el texto introductorio de la *Uniform Statutory Trust Entity Act*, propuesta por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* en el año 2009. En algunas jurisdicciones en las que esta figura aún no ha sido reconocida legalmente, recibe por los Tribunales, de cara a la responsabilidad personal de sus titulares, el mismo tratamiento que las *partnerships* o las *joint stock companies*. Véase, Cox, James D. y Hazen, Thomas Lee, *Corporation Law*, cit., p. 9.

<sup>116</sup>Véase el texto introductorio de la *Uniform Statutory Trust Entity Act*, propuesta por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* en el año 2009. Este mismo organismo ha aprobado también el *Uniform Trust Code* (cuya última versión data del año 2010), que ha recopilado las normas del *common law* sobre los *trusts*, y que sería aplicable a aquellos *trust* que respeten su naturaleza gratuita «más tradicional», o que teniendo naturaleza comercial, no estén regulados, como hemos expuesto, por alguna norma concreta de Derecho positivo.

Sobre la diferencia entre este *business trust* y otras formas de organización empresarial, particularmente, las *corporations*, véase, Schwarcz, Steven L, «Commercial Trusts as...», cit., p. p. 573-581.

transferibles; y también de las *partnerships*, pues sus socios responden frente a los acreedores de la entidad<sup>117</sup>.

Surgidas en un momento histórico determinado porque permitían eludir las dificultades que implicaba la constitución de una *corporation*, su presencia hoy es bastante limitada, aun cuando su existencia está reconocida en los ordenamientos estatales.

#### **4. Public entities. Federal Corporations**

Junto a las personas jurídicas privadas, en las que nos hemos centrado en los apartados anteriores, el ordenamiento de los Estados Unidos, el federal y el estatal, reconoce la existencia de personas jurídicas públicas, esto es, de entidades integradas en la Administración Pública a las que se les reconoce personalidad jurídica propia. Ejercen funciones gubernamentales, directamente, como sería el caso de los municipios –*goverments units* y *political subdivisions*-, o por delegación –*instrumentalities* o *agencies*-.

Es posible, por otro lado, que el Gobierno federal constituya, para el ejercicio de funciones diversas, alguna *corporation*. Son las *Federal Corporations*. Si es así, la norma del Congreso que acuerde dicha constitución o la autorice habrá de describir su objeto, facultades, obligaciones y órganos de dirección, así como sus relaciones con otras agencias y departamentos federales<sup>118</sup>.

Su titularidad, por otra parte, podrá ser íntegramente pública, como sería el caso, entre otras, del *Export-Import Bank of the United States* o la *Panama Canal Commission*; o sólo parcialmente, como el *Federal Deposit Insurance Corporation*<sup>119</sup>. En uno y otro caso, además de las disposiciones que se deriven de la norma que las constituye, les serán aplicables, principalmente a efectos de control, las reglas previstas en la *Government Corporation Control Act*<sup>120</sup>.

---

<sup>117</sup>Véase, Spires, Jeremiah, *Doing Business in the United States*, Matthew Bender & Company, 2013, § 69.03 (versión electrónica).

<sup>118</sup>Hobbs, Diane, «Personal Liability of Director of Federal Government Corporations», 30 *Case W. Res. L. Rev.* 733 (1980), p. 743. Sobre cómo surgen estas entidades y su evolución hasta la actualidad, véase, Lund, Paul E. «Federally Chartered Corporations: Corporations and Federal Jurisdiction», 36 *Fla. St. U. L. Rev.* 317 (2009), p. p. 320- 324. Asimismo sobre su papel en la Administración Federal, véase, Froomkin, Michael, «Reinventing the Government Corporation», 1995 *U. Ill. L. Rev.* 543 (1995).

<sup>119</sup>Véase, la enumeración incluida en la disposición 9101 del Capítulo 91, del subtítulo IV, del Título 31 del *U.S. Code*. También, Lund, Paul E., «Federally Chartered Corporations...», cit., p. 317.

<sup>120</sup> Esta norma está incluida en el capítulo 91, del subtítulo IV, del Título 31 del *U.S. Code*.

Estas *Federal Corporations* podrán asimismo constituirse como vía para ejercer actividades «gubernamentales», propias de la Administración Federal o bien actividades de otra naturaleza, sean benéficas o de otro tipo<sup>121</sup>. Entre estas últimas, destacan las *Patriotic and National Societies*, entre las que se incluye entidades tan conocidas como el *Boy Scouts of America*, the *Girl Scouts of America* y el *U.S. Olympic Committee*<sup>122</sup>.

Es también posible, por último, que el Congreso autorice la constitución de una determinada corporación para ejercer ciertas actividades en todo el país, pero cuya titularidad queda sin embargo en manos exclusivamente privadas, de la manera prevista en la norma correspondiente. Es el caso por ejemplo de ciertas *savings associations*<sup>123</sup> o de entidades como la *Communications Satellite Corporation (COMSAT)*<sup>124</sup>.

En su condición de *Federal Corporations* las entidades descritas están reguladas, aunque solo en determinados aspectos, por el Derecho federal<sup>125</sup>.

## II. LA ORGANIZATION COMO SUJETO DEL DERECHO PENAL

### 1. Consideraciones generales. Cualquier entidad, cualquier delito

Cualquiera de las entidades que hemos descrito en el apartado anterior puede ser penalmente responsable con base en los criterios de imputación que desarrollaremos a lo largo de este trabajo; y que en el ámbito federal se traducen, en una primera aproximación, en que la persona jurídica será penalmente responsable de los delitos cometidos por cualquiera de sus directivos u empleados, en el ámbito de sus competencias y con la intención de beneficiarla.

De esta forma, en línea con las consideraciones generales realizadas sobre qué es una persona jurídica y sin perjuicio de las dificultades que, como veremos en su momento, ello puede plantear en determinados supuestos, toda organización con existencia independiente de sus miembros podrá ser perseguida penalmente, sea una *corporation*, una *partnership* o una

---

<sup>121</sup>Lund, Paul E., «Federally Chartered Corporations...», cit., p. 317.

<sup>122</sup>Lund, Paul E. «Federally Chartered Corporations...», cit., p. 324.

La regulación de este tipo de *corporations* se encuentra en el título 36 del *U.S.Code*.

<sup>123</sup>Véase, Hobbs, Diane, «Personal Liability of Director of Federal...», cit., p. p. 317-318.

<sup>124</sup>Véase, Hobbs, Diane, «Personal Liability of Director of Federal ...», cit., p. 325.

<sup>125</sup>Lund, Paul E., «Federally Chartered Corporations...», cit., p. 325.

association<sup>126</sup>. También las personas jurídicas públicas pueden ser penalmente responsables, sin perjuicio de las consideraciones que luego realizaremos.

De esta realidad, esto es, del hecho de que cualquier persona jurídica puede ser condenada penalmente, parten las *sentencing guidelines* federales, que cuando, en su capítulo octavo -*sentencing for organizations*- fijan las reglas para individualizar la pena a imponer a cualquier organización, entienden como tal, a *a person other than an individual*, y, entre ellas, a las *corporations, partnerships, associations, joint-stock companies, unions, trusts, pension funds, unincorporated organizations, governments and political subdivisions thereof, and non-profit organizations*.

Esta u otra enumeración similar es, por otro lado, la que, como adelantamos, podemos encontrar en muchas normas federales al definir cómo ha de entenderse en ellas el término *person*, esto es, al definir quiénes serán los sujetos destinatarios de las mismas, y por tanto, quienes podrán ser los sujetos activos de las infracciones penales previstas en ellas cuando se trate de normas de esta naturaleza.

---

<sup>126</sup>En este sentido, Saltzburg, Stephen A., «The Control of Criminal Conduct in Organizations», 71 *B.U. L. Rev.* 421 (1991).

Fue en 1958 cuando por primera vez se planteó ante el Tribunal Supremo si una *partnership* podía ser, como una *corporation*, penalmente responsable. La respuesta del Tribunal, en la sentencia dictada en el caso *United States v. A & P Trucking* fue positiva. La cuestión concreta a dilucidar en este caso fue si una *partnership* podía ser acusada penalmente como una entidad independiente con base en la *Motor Carrier Act*, que castigaba con una pena de multa de no más de 1.000 dólares o una pena de prisión de no más de un año, el incumplimiento de determinadas normas de seguridad en el transporte de artículos peligrosos. La respuesta de la sentencia, utilizando para ello unos argumentos que habían sido utilizados años atrás en una resolución relacionada con una *joint stock association*, fue afirmativa. Para el Tribunal Supremo, confirmada años atrás, en la sentencia dictada por él mismo en el caso *New York Central & Hudson River R. R. Co. v. United States*, la posibilidad de que el Congreso pudiera prever la responsabilidad penal de las *corporations*, y a pesar de las diferencias que para el *common law* existían entre estas últimas y las *partnerships*, no existía obstáculo alguno para que estas últimas pudieran ser penalmente responsables. A estos efectos, también se tuvo en cuenta la definición que del término *whoever*, que era el concretamente utilizado en la *Motor Carrier Act*, podía encontrarse en el título I del *U.S. Code*, que incluía en él a las *corporations, companies, associations, firms, partnerships, societies, y joint stock companies*; y las que del término *person* aportaban otras normas federales, la cuales, según el Tribunal, mostraban claramente su intención de tratar a las *partnership* como entidades.

Por otro lado, con respecto a este tipo de entidades, y dadas sus características propias, se han planteado si los delitos cometidos por uno o más socios, realizados en beneficio de la entidad, podían dar lugar a la responsabilidad penal individual de los demás socios. A este respecto, el Tribunal Supremo, precisamente en la sentencia que acabamos de exponer, declaró que ello no era posible. Para el Tribunal, «the conviction of a partnership cannot be used to punish the individual partners, who might be completely free of personal guilt. As in the case of corporations, the conviction of the entity can lead only to a fine leveled on the firm's assets». Ahora bien, hay que tener en cuenta que, impuesta la multa a la entidad, todos los socios responderán de ella conjuntamente. Así lo permite, expresamente, por otro lado, la *Uniform Partnership Act*. Véase, Stephan, Spehl y Thomas, Gruetzner, *Corporate Internal Investigations: Overview of 13 Jurisdictions*, Hart Publishing Limited, 2013, § 1.10 (versión electrónica).

En este último caso, cuando esta concreción no exista, habrá que acudir a las previsiones generales al respecto contenidas en el Derecho Federal y a la interpretación que de ellas han hecho los Tribunales, especialmente el Tribunal Supremo. De esta forma, y de conformidad con la Jurisprudencia establecida en *Rowland v. California Men's Colony*, a la que hemos hecho referencia con anterioridad, las personas jurídicas serán también destinatarias de las normas penales salvo que, como declara el Título primero del *U.S.Code*, del contexto de la misma se derive lo contrario, esto es, salvo que este contexto y el lenguaje de la misma indiquen de alguna manera que el Legislador Federal pretendía excluir de dicha norma a las organizaciones<sup>127</sup>.

---

<sup>127</sup>Véase, Strader, Kelly J., *Understanding White Collar Crimes*, 3ª ed., 2011, p. 17.

En este sentido, resulta interesante destacar la forma en la que el Tribunal Supremo razona cuando ante él se plantea la cuestión sobre si las personas jurídicas son o no destinatarias de una determinada norma federal. Así, en la sentencia de 30 de junio de 2014, dictada en el caso *Burwell, Secretary of Health and Human Services, et Al. v. Hobby Lobby Stores Inc et Al*, el razonamiento a este respecto fue del siguiente tenor: «As we noted above, RFRA applies to “a person’s” exercise of religion, 42 U. S. C. §§2000bb–1(a), (b), and RFRA itself does not define the term “person.” We therefore look to the Dictionary Act, which we must consult “[i]n determining the meaning of any Act of Congress, unless the context indicates otherwise.” 1 U. S. C. §1. Under the Dictionary Act, “the wor[d] ‘person’ . . . include[s] corporations, companies, associations, firms, partnerships, societies, and joint stock companies, as well as individuals.” Ibid.; see *FCC v. AT&T Inc.*, 562 U. S. (2011) (slip op., at 6) (“We have no doubt that ‘person,’ in a legal setting, often refers to artificial entities. The Dictionary Act makes that clear”). Thus, unless there is something about the RFRA context that “indicates otherwise,” the Dictionary Act provides a quick, clear, and affirmative answer to the question whether the companies involved in these cases may be heard. We see nothing in RFRA that suggests a congressional intent to depart from the Dictionary Act definition, and HHS makes little effort to argue otherwise».

Por su parte, en la sentencia dictada, el 1 de marzo de 2011, en el caso *FCC v. AT&T*, donde alcanzó la conclusión contraria, dijo lo siguiente: «Like the Court of Appeals below, AT&T relies on the argument that the word “personal” in Exemption 7(C) incorporates the statutory definition of the word “person.” See Brief for Respondent AT&T 8–9, 14–15 (AT&T Brief); 582 F. 3d, at 497. The Administrative Procedure Act defines “person” to include “an individual, partnership, corporation, association, or public or private organization other than an agency.” 5 U. S. C. §551(2). Because that definition applies here, the argument goes, “personal” must mean relating to those “person[s]”: namely, corporations and other entities as well as individuals. This reading, we are told, is dictated by a “basic principle of grammar and usage.” AT&T Brief 8; see id., at 14–15; see also 582 F. 3d, at 497 (citing *Delaware River Stevedores v. DiFidelo*, 440 F. 3d 615, 623 (CA3 2006) (Fisher, J., concurring), for “[t]he grammatical imperative”) that “a statute which defines a noun has thereby defined the adjectival form of that noun”). According to AT&T, “[b]y expressly defining the noun ‘person’ to include corporations, Congress necessarily defined the adjective form of that noun—‘personal’—also to include corporations.” We disagree. Adjectives typically reflect the meaning of corresponding nouns, but not always. Sometimes they acquire distinct meanings of their own. The noun “crab” refers variously to a crustacean and a type of apple, while the related adjective “crabbed” can refer to handwriting that is “difficult to read,” Webster’s Third New International Dictionary 527 (2002); “corny” can mean “using familiar and stereotyped formulas believed to appeal to the unsophisticated,” id., at 509, which has little to do with “corn,” id., at 507 (“the seeds of any of the cereal grasses used for food”); and while “crank” is “a part of an axis bent at right angles,” “cranky” can mean “given to fretful fussiness,” id., at 530. Even in cases such as these there may well be a link between the noun and the adjective. “Cranky” describes a person with a “wayward” or “capricious” temper, see 3 Oxford English Dictionary 1117 (2d ed. 1989) (OED). Cite as: 562 U. S. (2011) which might bear some relation to the distorted or crooked angular shape from which a “crank” takes its name. That is not the point. What is significant is that, in ordinary usage, a noun and its adjective form may have meanings as disparate as any two unrelated words. The FCC’s argument that “personal” does not, in fact, derive from the English word “person,” but instead developed along its own etymological path, Reply Brief for Petitioners 6, simply highlights the shortcomings of AT&T’s proposed rule. “Person” is a defined term in the statute; “personal” is not. When a statute does not define a term, we typically “give the phrase its ordinary meaning.” *Johnson v. United States*, 559 U. S. (2010) (slip op., at 4). “Personal” ordinarily refers to individuals. We do not usually speak of personal characteristics, personal effects, personal correspondence, personal influence, or personal tragedy as referring to corporations or other artificial entities. This is



Porque los tribunales pueden hacer esta labor de interpretación cuando la norma penal no incluya expresamente entre sus destinatarios las personas jurídicas, es por lo que a pesar del sistema de imputación vigente, que permitiría imputar a estas cualquier delito, en alguna ocasión, sin embargo se ha excluido a estos efectos alguna infracción penal<sup>128</sup>.

En efecto, en principio una entidad podría cometer cualquier delito porque las personas físicas a través de la cuales actúa pueden cometer cualquier ilícito. En este sentido, realizado dicho ilícito, lo único relevante sería determinar si el mismo puede o no ser imputado a la entidad, aplicando los presupuestos que rigen la doctrina del *respondeat superior*<sup>129</sup>. Pero lo cierto es que tradicionalmente los Tribunales Federales han concluido que una persona jurídica no puede cometer ciertos delitos, entendiendo así que el Legislador no pretendía incluirlas dentro del término *person* en estos casos. Es el supuesto de los delitos de bigamia, agresión sexual o asesinato, con respecto a los cuales se ha entendido que su comisión exigía poseer unas características que no eran predicables de las entidades<sup>130</sup>. El propio Tribunal Supremo Federal, en la sentencia dictada en el caso *New York Central R. Co. v. United States*<sup>131</sup> que, como veremos, marca el punto de partida para la expansión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, declaró, aunque sin mayores concreciones, que determinados delitos por su naturaleza no podían ser cometidos por las personas jurídicas.

---

not to say that corporations do not have correspondence, influence, or tragedies of their own, only that we do not use the word "personal" to describe them».

<sup>128</sup>Véase, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 3.02 (versión electrónica).

<sup>129</sup>Véase, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 3.02 (versión electrónica).

<sup>130</sup>Véase, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 3.02 (versión electrónica).

En esta línea, resultan muy interesantes las consideraciones que el Juez Thomas realiza en el voto disidente que formula precisamente en la sentencia del caso *Rowland v. California Men's Colony*. Son las siguientes: «The context also "indicates otherwise" in statutes dealing with marriage, see, e. g., 38 U.S.C. § 101(31) ("The term 'spouse' means a person of the opposite sex who is a wife or husband"); § 103(a) ("any claim filed by a person as the widow or widower of a veteran"), the military, see, e. g., 18 U.S.C. § 244 ("any person wearing the uniform of any of the armed forces of the United States"); 38 U.S.C. § 101(2) ("The term 'veteran' means a person who served in the active military, naval, or air service, and who was discharged or released therefrom under conditions other than dishonorable"), drug addiction, see, e. g., 42 U.S.C. § 201(k) ("The term 'addict' means any person who habitually uses any habit forming narcotics drugs"), drunk driving, see, e. g., 18 U.S.C. § 3118(a) (1988 ed., Supp. II) ("such person's driving while under the influence of a drug or alcohol"), kidnapping, see, e. g., § 1201(a) ("[w]hoever unlawfully seizes, confines, . . . kidnaps, abducts, or carries away and holds for ransom . . . any person"), sexual assault, see, e. g., § 2241(a) ("[w]hoever, in the special maritime and territorial jurisdiction of the United States or in a Federal prison, knowingly causes another person to engage in a sexual act"), language, see, e. g., 28 U.S.C. § 1827(b)(1) ("persons who speak only or primarily a language other than the English language"), jury duty, see, e. g., § 1865(a) ("The chief judge . . . shall determine . . . whether a person is unqualified for, or exempt, or to be excused from jury service"), "missing persons," see, e. g., § 534(a)(3) ("The Attorney General shall . . . acquire, collect, classify, and preserve any information which would assist in the location of any missing person . . . and provide confirmation as to any entry for such a person to the parent, legal guardian, or next of kin of that person"), and "homeless persons," see, e.g., 42 U.S.C. § 12705(b)(2)(C) (1988 ed., Supp. II) ("helping homeless persons make the transition to permanent housing and independent living")».

<sup>131</sup>*New York Central R. Co. v. United States*, 212 U.S. 481 (1909).

Siguiendo esta última afirmación del Tribunal Supremo y a pesar de, como hemos dicho, su dudosa compatibilidad con un modelo de responsabilidad como el vigente en la jurisdicción federal, algún autor como Gruner<sup>132</sup> ha entedido que, en efecto, algunos delitos, como el caso de los citados con anterioridad, no pueden ser cometidos por las personas jurídicas si valoramos que, dada su naturaleza, rara vez serán cometidos en un contexto corporativo y con relación a las actividades de una entidad, por lo que resultaría ajustado concluir que el legislador, cuando publicó las normas en los que se castigan, no pretendía incluir entre sus destinatarios a las personas jurídicas<sup>133</sup>.

En nuestra opinión, este argumento no resulta excesivamente convincente, porque no resuelve la cuestión sobre qué ocurriría si alguna de estas infracciones penales se cometiera efectivamente en ese contexto corporativo. Pensemos por ejemplo en qué ocurriría si los directivos o empleados de una corporación decidieran acabar con la vida de los miembros de una tribu protegida del Amazonas, para poder talar los árboles de su territorio y así beneficiar los intereses de la Compañía. ¿Por qué no castigar en este caso penalmente a la entidad además de a las personas físicas, como haríamos si estos empleados en lugar de acabar con la vida de esas personas les hubieran estafado? En este sentido, ningún obstáculo vemos para que una organización, a través de sus miembros, pueda «matar» o «violar»<sup>134</sup>.

De hecho y como veremos más detalladamente en su momento, a pesar de las reticencias iniciales, derivadas precisamente de la manera en la que el *common law* o algunas leyes estatales definían el delito de homicidio imprudente, hoy la mayoría de las jurisdicciones estatales admiten que las personas jurídicas puedan ser condenadas por dicho delito, esto es, admiten que las organizaciones *can kill*, y con ello ser responsables por las muertes que causen en el ejercicio de su actividad, sea de sus trabajadores o de terceros, por infracción, entre otras, de las normas de seguridad, salud pública o medio ambiente. Cuestión distinta sería discutir

---

<sup>132</sup>Este autor es de los pocos que se ocupan de esta cuestión. Probablemente porque la responsabilidad penal de las personas jurídicas se estudia, de ordinario, en el contexto de los *White Collar Crimes*, cuya posible atribución a las personas jurídicas es una cuestión incontestada.

<sup>133</sup>Véase, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 3.02 (versión electrónica).

<sup>134</sup>Sobre la posibilidad de acuñar el término *corporate violence* y sus implicaciones, entre ellas, la necesidad de reelaborar la utilización tradicional del concepto de violencia en la criminología, véase, Minkes John y Minkes Leonard, *Corporate and White Collar Crimes*, 1ª ed., 2008, p. p. 29-34. Un autor como Saldaña decía ya a principios del siglo XX: «La asociación se reúne (conciencia social); inscribe asuntos en el orden de día (la atención y sus objetivos); discuten entre sí, encarnados en individuales inteligencias, los motivos sociales (deliberación); se toman acuerdos (decisión o resolución); hácese ejecutar los acuerdos (ejecución). Hay un delito. (...) Si el acuerdo era de fraude o de homicidio, y se ejecutó, ¿quién se obstinaría en incomprender esa capacidad social criminal?». Saldaña, Quintiliano, *Capacidad criminal de las personas sociales*, 1ª ed., 1927, p. 9.

cuáles deberían ser los criterios de imputación para que una persona jurídica pudiera ser responsable de este tipo de delitos violentos. Pero, precisamente, en un modelo de responsabilidad como el de los Estados Unidos, basado en la responsabilidad por hecho de otro, no existe ningún obstáculo para que las personas jurídicas pueden cometer en teoría cualquier delito, sin perjuicio, claro está, de que, en el caso concreto, no sea posible su imputación porque no se cumplan los presupuestos que la doctrina del *respondeat superior* exige para ello. Esto es, que la infracción penal de que se trate se haya cometido por un directivo o empleado de la entidad, actuando en el ámbito de las competencias que le son propias y con la intención de beneficiar a la entidad.

## **2. Las *closely held corporations* y las *criminal purpose organizations***

Según se infiere de las consideraciones realizadas en el apartado anterior, los Tribunales federales aplican el modelo de imputación dominante en la jurisdicción federal a cualquier entidad.

Esta falta de distinción y la ausencia, por tanto, para exigir responsabilidad penal, de cualquier valoración de las grandes diferencias que pueden existir por ejemplo, entre una *public corporation* y una *privately held corporation*, con respecto a aspectos tales como la forma de toma de decisiones, tamaño, complejidad, formalidades, funcionalidades o estructura, ha sido objeto de atención por algunos autores.

Laufer calificó esta ausencia de distinción como simplista<sup>135</sup>.

Orland, tras la publicación de las *sentencing guidelines*, que preveían su aplicación a todo tipo de entidades, sostuvo que algunas de ellas, como las de naturaleza familiar o las pequeñas *partnerships*, funcionaban más como individuos que como organizaciones, por lo que no debería serle de aplicación un modelo de responsabilidad penal que estaba pensando realmente, según este autor, en las grandes empresas y en que estas no se beneficiaran de los actos ilícitos cometidos en su seno<sup>136</sup>.

---

<sup>135</sup>Laufer, William, «Corporate Bodies and Guilty Minds», 43 *Emory L. J.* 647 (1994), p. 649.

<sup>136</sup>Orland Leonard, «Beyond Organizational Guidelines: Toward a Model Federal Corporate Criminal Code», 71 *Wash. U. L. Q.*, 357 (1993), p. p. 360- 361.

Otras voces sin embargo, se mostraron contrarias a realizar estas distinciones. Fue el caso de Saltzburg, para quien, a pesar de que en determinadas *small or closely held organizations* podía existir, en ocasiones, un cierto solapamiento entre la entidad y sus dueños, perseguir penalmente a la primera evitaría que los segundos trataran de proteger las ganancias procedentes de su actividad criminal, ocultándolas en la entidad<sup>137</sup>.

En la misma línea, se pronunciaba Brickey, al examinar, la posibilidad de que las *privately held* o *close corporations* pudieran ser objeto de un tratamiento penal distinto<sup>138</sup>. Para esta autora, aún reconociendo que los Tribunales, al tratar la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, solían utilizar argumentos más aplicables a grandes corporaciones que cotizaban en bolsa y que estaban en manos de multitud de accionistas<sup>139</sup>, la importancia que en la economía americana tenían muchas *privately held corporations* y la complejidad de su organización y operaciones, con un volumen de negocios que no cesaba de crecer, hacía desaparecer cualquier analogía entre su comportamiento y el de los individuos<sup>140</sup>. Para Brickey, las razones que fundamentaban el reconocimiento de la responsabilidad penal de las *corporations* nada tenía que ver con la cuestión de a quién pertenecían<sup>141</sup>, añadiendo que «they are tied, instead, to the bureaucracy that makes personal accountability less likely. That bureaucracy will exist in large corporations whether they are publicly or closely held»<sup>142</sup>.

Pero si, como sostiene esta autora, es esa «burocracia», esas estructuras organizativas complejas las que, en definitiva, equiparan a una compañía que cotice en bolsa con otra que no lo haga, independientemente del número de sus titulares, se plantea inmediatamente la cuestión sobre si la solución debe ser la misma en los casos de pequeñas organizaciones donde esa complejidad no exista, y por tanto si, atendiendo precisamente a esa sencillez, deben ser o no penalmente responsables, y de serlo, si deben castigadas de la misma manera.

---

<sup>137</sup>Saltzburg, Stephen A., «The Control of Criminal...», cit., p. 433.

<sup>138</sup> Véase, Brickey, Kathleen F., «Close Corporations and the Criminal Law: On "Mom and Pop" and a curious rule», 71 Wash. U. L. Q. 189 (1993).

<sup>139</sup>Véase, Brickey, Kathleen F., «Close Corporations ...», cit., p. 191.

<sup>140</sup>Véase, Brickey, Kathleen F., «Close Corporations ...», cit., p. 195.

<sup>141</sup>Véase, Brickey, Kathleen F., «Close Corporations ...», cit., p. p. 197-198. Conviene recordar en este momento que precisamente la nota más característica de este tipo de entidades es que las mismas tienen un número limitado de accionistas. Asimismo ha de destacarse que el propio Leonard Orland califica este argumento de Brickey como poderoso, reconociendo que está bastante de acuerdo con las razones que esta autora aporta para defender que muchas de las *close corporations* funcionan como cualquier compañía de las que cotizan en bolsa. Véase, Orland, Leonard, «Beyond Organizational Guidelines...», cit., p. 360.

<sup>142</sup>Brickey, Kathleen F., «Close Corporations ...», cit., p.198.

El análisis de Brickey, porque su objeto era limitado y se centraba, como hemos dicho, en las *close corporations*, no dio una respuesta general a esta cuestión. Tampoco lo hizo, en nuestra opinión, el enfoque de Orland que aunque se mostraba contrario, como hemos dicho, a que se aplicara a este tipo de entidades el modelo de responsabilidad penal que se aplicaba a las grandes compañías, no explicaba con claridad cuál sería entonces, en su opinión, la alternativa.

Más concreto se mostró Saltzburg. Parte de la premisa de que también las pequeñas organizaciones deben responder penalmente, y que el tamaño, por sí solo, no debe afectar a la posible responsabilidad penal de una entidad. No obstante, en algunos casos, se pueden tener en cuenta otros factores que pongan de manifiesto la innecesariedad de la persecución penal de una entidad de pequeño tamaño o que esté en manos de pocos titulares. A estos efectos, señala el caso de las empresas familiares, en las que la condena de las personas físicas que las detentan, cuando su nombre está ligado claramente a la entidad, puede afectar a la reputación de esta última de la misma manera que si fuera condenada junto a los primeros. También destaca los supuestos en los que la organización realice una función social importante. En estos casos, la condena, solo de la persona que cometió el delito, podría evitar estigmatizar a la entidad<sup>143</sup>. Sin duda esa función de valoración sobre la conveniencia de formular o no acusación contra una determinada entidad corresponde a la Fiscalía que, sometida al principio de discrecionalidad, ostenta el monopolio del ejercicio de la acción penal en el ordenamiento procesal de los Estados Unidos. Sería la Fiscalía, en definitiva, la que debería valorar, en estos casos, si la persecución penal de la persona jurídica reporta alguna ventaja<sup>144</sup>.

Más recientemente, Richard Gruner se ha pronunciado sobre la posibilidad de perseguir penalmente también a las entidades más pequeñas. Para él<sup>145</sup>, en línea con las afirmaciones de Brickey, el hecho de que, en estos casos, exista ese solapamiento entre la persona y la entidad, incluso en el caso extremo de que esta última sea controlada por un solo propietario, no justifica que no se exija a la misma responsabilidad penal. Para este autor varias son las finalidades que pueden conseguirse exigiendo responsabilidad penal a la entidad y que no sería posible obtener a través de la responsabilidad de las personas físicas. La primera, poner de manifiesto a los clientes de la entidad condenada que la conducta ilegal fue realizada por el titular de la misma en

---

<sup>143</sup>Véase, Saltzburg, Stephen A., «The Control of Criminal...», cit., p. 433.

<sup>144</sup>Véase, Saltzburg, Stephen A., «The Control of Criminal...», cit. p. 433.

<sup>145</sup>Véase, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 2.04 (versión electrónica).

esta condición y no en su propio nombre. La segunda, que aún cuando la entidad tenga un solo dueño, sus agentes y empleados pueden cometer delitos, y la participación que en estos, en ocasiones, pueden tener los órganos de dirección de la entidad, encuentra una respuesta más adecuada a través de la responsabilidad de la organización. La tercera, que la exigencia de responsabilidad penal a la entidad puede conducir finalmente a que sea obligada a introducir cambios en su organización y sus prácticas corporativas. Y la cuarta y última, que la entidad como tal puede soportar multas y otras sanciones más elevadas que las que pueden imponerse sobre los individuos. Además, continúa este autor<sup>146</sup>, hay pruebas claras de que muchas *closely held corporations* son grandes compañías con una importancia económica enorme, exhibiendo, por otro lado, muchos de los comportamientos de las *publicly traded firms*. Merecen por ello el mismo tratamiento penal<sup>147</sup>.

Para Gruner<sup>148</sup>, por otro lado, sería preciso que, en cualquier caso, la Jurisprudencia elaborara una doctrina que tratara de dar respuesta a cuestiones tales como quién tiene realmente capacidad de influir en los delitos cometidos por una persona jurídica o qué medidas de las implantadas por el poder público influyen mejor en estas personas, para reducir la actividad criminal de las organizaciones. Lo importante sería un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas cuyo impacto en la reducción de este tipo de criminalidad valga la pena, atendiendo a los costes sociales que implica.

Al margen de los autores citados, que, a excepción de Gruner, expusieron sus ideas tras la aprobación de las *sentencing guidelines* para organizaciones, pocas referencias encontramos a esta cuestión en la doctrina norteamericana más reciente.

Probablemente porque, en línea con las afirmaciones formuladas por Brickey, cuando la doctrina trata la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene en mente a las *corporations* y, particularmente, a las de mayor tamaño. Es precisamente la aparición y evolución de estas últimas y el intento de poner freno a sus abusos, lo que explica la expansión en los Estados Unidos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Porque son grandes compañías, precisamente por su capacidad de influir y de causar daños en nuestro entorno, las que realmente preocupan, los autores prestan poca atención a la posible

---

<sup>146</sup>Véase, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 2.04 (versión electrónica).

<sup>147</sup>Véase, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 2.04 (versión electrónica).

<sup>148</sup>Véase, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., §2.04 (versión electrónica).

responsabilidad penal de las pequeñas entidades o, incluso, a las de otras entidades distintas de las *corporations*, a las que, de ordinario, se obvia sin más, como si no «existieran» para el Derecho Penal.

No es este el caso, sin embargo, del legislador federal que, como se infiere de las consideraciones realizadas, no ha excluido del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas a ningún tipo de organización, sea por su menor tamaño, por su carácter familiar, o por su menor complejidad; aunque, en opinión de algún autor, con el que nos mostramos de acuerdo, también cuando promulgó las *Federal Sentencing Guidelines*, a pesar de que están destinadas a todo tipo de organizaciones, tenía en mente a las *corporations*, que son las entidades sobre las que las normas previstas han tenido un mayor impacto<sup>149</sup>.

No obstante lo expuesto, es precisamente en las *guidelines* donde podemos encontrar alguna regla que se aplica en función del tipo de organización y que nos gustaría destacar, a pesar de que, lógicamente, operará -porque esa es la finalidad de las *sentencing guidelines*- a la hora de individualizar la pena y, por tanto, una vez que se haya declarado la correspondiente responsabilidad penal<sup>150</sup>. Se trata de las reglas 8C3.4 y 8C.1.

#### *La regla 8C3.4.-*

*La regla 8C3.4 de las guidelines* que se refiere a las *closely held organizations* que, a estos efectos, se define como aquella organización que, independientemente de su tamaño, pertenece, relativamente, a pocos individuos, aun cuando propiedad y dirección no confluyan completamente<sup>151</sup>.

---

<sup>149</sup>Moore, Jennifer, «Corporate Culpability under the Federal Sentencing Guidelines», 34 *Ariz. L. Rev.* 743 (1992), p. 745.

<sup>150</sup>Tal como explicaremos cuando nos ocupemos con más detalle de las *sentencing guidelines*, antes de la aprobación de estas normas se discutió ampliamente si debían aplicarse a todas las entidades cualquiera que fuera su tamaño. Tres fueron los argumentos aportados durante el debate, para justificar un tratamiento diferente entre las grandes y las pequeñas entidades. El primero que, teniendo en cuenta el número total de entidades condenadas por delitos federales, muy pocas de ellas habían sido *large corporations*. El segundo, que la aplicación del criterio de imputación vigente, que derivaba en una responsabilidad vicarial, era más peligroso para las entidades pequeñas, porque normalmente, su propietario estaba también implicado en la conducta delictiva y por tanto solía ser acusado por ella. El tercero que, para castigar a una gran corporación, sería necesaria una multa más grave que la necesaria para castigar a una entidad pequeña.

<sup>151</sup>Véanse los comentarios a la norma citada, según los cuales «an organization is closely held, regardless of its size, when relatively few individuals own it. In order for an organization to be closely held, ownership and management need not completely overlap».

Concretamente para este tipo de entidad se prevé la posibilidad de que el importe de la multa se reduzca proporcionalmente, dentro de ciertos límites, si junto a ella han sido también multados por un Tribunal Federal, y por el mismo delito, uno o más de sus titulares, que ostenten al menos un interés del 5%<sup>152</sup>. Se prevé esta posibilidad, según explica la propia norma, porque la mayoría de estas organizaciones son *alter egos* de sus propietarios-directivos, de manera que el castigo adecuado puede obtenerse compensando la multa impuesta a una y otros de la manera expuesta<sup>153</sup>.

En nuestra opinión, esta compensación entre la pena a imponer a la persona jurídica y la impuesta a sus titulares es poco clara. El hecho de que la primera sea, siguiendo el texto de la norma, un *alter ego* de los segundos, no ha impedido sin embargo que sea, como ellos, declarada culpable de la infracción penal de que se trate. Podríamos afirmar, en una primera aproximación, que la justificación de esta norma está precisamente en el modelo de imputación vigente en el sistema federal, basado en una responsabilidad vicarial, donde la culpabilidad de la entidad es la de los individuos que cometieron el delito. Pero si fuera así, esta regla debería ser igualmente aplicable en todos los casos, y no sólo en este tipo de entidades, que además, no se caracterizan por su pequeño tamaño o por su escasa complejidad, sino porque las mismas están en manos de pocas personas.

En este extremo, compartimos plenamente la afirmación de Brickey, a la que ya hicimos referencia, según la cual las razones que fundamentan el reconocimiento de la responsabilidad penal de las *corporations* nada tienen que ver con la cuestión de a quién pertenecen. Por lo que, de la misma manera, diferenciar su pena en función de este hecho carece de justificación<sup>154</sup>.

---

<sup>152</sup>Dice literalmente la norma: «The court may offset the fine imposed upon a closely held organization when one or more individuals, each of whom owns at least a 5 percent interest in the organization, has been fined in a federal criminal proceeding for the same offense conduct for which the organization is being sentenced. The amount of such offset shall not exceed the amount resulting from multiplying the total fines imposed on those individuals by those individuals' total percentage interest in the organization».

<sup>153</sup>Dicen al respecto los comentarios de la norma, que incluyen un ejemplo práctico: «Background: For practical purposes, most closely held organizations are the alter egos of their owner-managers. In the case of criminal conduct by a closely held corporation, the organization and the culpable individual(s) both may be convicted. As a general rule in such cases, appropriate punishment may be achieved by offsetting the fine imposed upon the organization by an amount that reflects the percentage ownership interest of the sentenced individuals and the magnitude of the fines imposed upon those individuals. For example, an organization is owned by five individuals, each of whom has a twenty percent interest; three of the individuals are convicted; and the combined fines imposed on those three equals \$100,000. In this example, the fine imposed upon the organization may be offset by up to 60 percent of their combined fine amounts, i.e., by \$60,000».

<sup>154</sup>En este sentido, véase, Brickey, Kathleen F., «Close Corporations ...», cit., p. 198- 204, que califica esta norma como una *very curious rule*.



Cuestión distinta sería que nos planteásemos si en estos casos, por esa estrecha relación entre la entidad y «sus dueños», procedería un levantamiento del velo de la persona jurídica, que nos condujera a declarar sólo la responsabilidad penal de aquello y no la de la entidad.

Tampoco nos convence esta opción que, sin duda no es la del legislador federal, que parte de la condena de ambos.

La doctrina del levantamiento del velo surge en los Estados Unidos, como en nuestro propio ordenamiento, para permitir que los socios, en determinados supuestos, respondan personalmente de las deudas sociales<sup>155</sup>. Se aparta al ente para que los acreedores puedan llegar a los socios, que de otra manera estarían protegidos por la regla general de la responsabilidad limitada.

En el ámbito de la responsabilidad penal, sin embargo, los socios o los individuos que delinquen no están «protegidos» por la persona jurídica en el sentido expuesto. Es posible que el hecho de que el delito se haya cometido en el seno de una organización dificulte la exigencia de responsabilidad a las personas físicas, pero ello no se verá facilitado porque «apartemos» a la entidad, y en consecuencia, no exijamos a esta responsabilidad penal. Una y otra son independientes. Es más, en ocasiones ocurrirá justo lo contrario: la imposibilidad de concretar quién, dentro de la organización, cometió el delito, hará mucho más fácil perseguir sólo a la persona jurídica.

Lo expuesto no es óbice por supuesto para que, como ya apuntaba Salztburg, la Fiscalía decida no perseguir a una *closely held corporation*, como puede decidir no acusar a cualquier

---

<sup>155</sup>En general sobre la doctrina del levantamiento del velo, véase, Presser, Stephen B., *Piercing the Corporate Veil*, ed. 2014. Y concretamente, sobre la aplicación que los Tribunales hacen de la misma en el ámbito del *Corporate Law* y los factores que, discrecionalmente, aplican para ello, véase, Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. p 33-43. También, Mathesont, John H., «Why Courts Pierce: An Empirical Study of Piercing the Corporate Veil», 7 *Berkeley Bus. L.J.* 1 (2010); McPherson, Richmond y Raja, Nader, «Corporate Justice: An Empirical Study of Piercing Rates and Factors Courts Consider When Piercing the Corporate Veil», 45 *Wake Forest L. Rev.* 931 (2010). Estos dos artículos hacen un estudio empírico sobre la Jurisprudencia al respecto, exponiendo datos estadísticos sobre cuestiones tales como qué factor es el más utilizado para justificar el levantamiento del velo, cómo influye para ello la naturaleza de la acción que se ejercite o a favor de qué tipo de demandantes son los jueces más proclives a aplicar esta doctrina. Ambos estudios siguen la estela de un conocido examen realizado en el mismo sentido, en los años noventa, por Robert B. Thompson, véase, Thompson, Robert B., «Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study», 76 *Cornell L. Rev.* 1036 (1991). Sobre la aplicación de esta doctrina, véase también, Millon, Davis, «Piercing the Corporate Veil, Financial Responsibility and the Limits of Limited Liability», 56 *Emory L.J.* 1305 (2007).

otra entidad. Pero en este punto debemos destacar que factores tales como el hecho de que una entidad pueda ser considerada un *alter ego* de sus socios o el mayor o menor número de estos, el tamaño de la entidad o la mayor o menor complejidad de su estructura, no se incluyen entre los factores que los Fiscales Federales deben valorar para decidir si formular o no acusación contra una *business organization*. Ello de conformidad con la Guía publicada a estos efectos por la Fiscalía General del Estado -*Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*-, que en su momento examinaremos detenidamente<sup>156</sup>.

#### *La regla 8C.1-*

La regla 8C.1 es la segunda regla de las incluidas en las *Federal Sentencing Guidelines* que, haciendo referencia a un tipo concreto de organización, queríamos destacar<sup>157</sup>. Esta norma está destinada a las *criminal purpose organizations*. Estas, según el texto legal, son aquellas entidades cuya actividad esté destinada fundamental a cometer delitos y también aquellas que conducen su actividad esencialmente a través de conductas ilícitas –*a organization operated primarily for a criminal purpose or primarily by criminal means*–.

Los comentarios que sobre esta regla se incluyen en el texto normativo consideran como ejemplo del primer tipo de organización, a aquella que sirve de «pantalla» para cometer un fraude, o la que se constituye para participar en la fabricación, importación o distribución de

---

<sup>156</sup>El artículo 31 ter del Código Penal español (introducido por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y que entrará en vigor el 1 de julio de 2015) prevé en su apartado primero *in fine* que cuando, como consecuencia de los mismos hechos, se imponga una pena de multa tanto a la persona jurídica como a las personas físicas, los Jueces y Tribunales modularán las respectivas cuantías de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquellos. Se conserva así una norma que ya estaba incluida en el anterior artículo 31 bis del mismo texto legal y que prevé una posibilidad similar a la prevista en la regla de las *Federal Sentencing Guidelines* que hemos examinado. De la misma manera parece perseguir una finalidad parecida, la de la proporcionalidad del castigo, pero es ajena a cualquier consideración sobre el tamaño de la entidad y, mucho menos, a la idea que esta última sea un *alter ego* de sus titulares. Algunos autores habían calificado de sorprendente esta previsión pues la culpabilidad es estrictamente individual y de carácter personal, por lo que no puede afectar más que al sujeto en quien concurre, no comprendiéndose pues que se disponga que si han de responder tanto el administrador como la persona jurídica y se impusiera una pena de multa, ésta deberá ser proporcionada para ambos. Véase, Bacigalupo, Silvina, «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)», *La Ley*, 5 de enero de 2010.

<sup>157</sup>El texto de la norma es el siguiente: «If, upon consideration of the nature and circumstances of the offense and the history and characteristics of the organization, the court determines that the organization operated primarily for a criminal purpose or primarily by criminal means, the fine shall be set at an amount (subject to the statutory maximum) sufficient to divest the organization of all its net assets. When this section applies, Subpart 2 (Determining the Fine – Other Organizations) and §8C3.4 (Fines Paid by Owners of Closely Held Organizations) do not apply».

droga; y como ejemplo del segundo, a una entidad dedicada, por ejemplo, al tratamiento de residuos peligrosos, que sin embargo carezca de medios lícitos para dicho tratamiento<sup>158</sup>.

Es al *sentencing judge* al que corresponde valorar si la entidad condenada cumple alguna de estas características, y si fuera así, y aquí está la especialidad de la norma, le impondrá una multa suficiente para privarla de todos sus bienes. Lo que en la práctica implicará su fin, o si prefiere, la muerte de la entidad<sup>159</sup>.

Para valorar cuándo estamos ante una *criminal purpose organization*, se tendrá en cuenta tanto la naturaleza y gravedad del delito, como la historia y características de la propia organización<sup>160</sup>. En cualquier caso, cualquier consideración al respecto, estando destinada a

---

<sup>158</sup> En agosto del año 2013, el Senador del Estado de Michigan, Carl Levin, presentó en el Senado una propuesta legislativa, con el título *Incorporation Transparency and Law Enforcement Assistance Act*, con la que, según su texto, se pretende proteger a los Estados Unidos de las *corporations* que se utilizan para apoyar el terrorismo, el blanqueo de capitales, la evasión de impuestos o cualquier otra conducta ilícita. Según dicha propuesta, en los Estados Unidos se constituyen al año casi dos millones de *corporations* y de *limited liability companies*, sin que la mayoría de los Estados en los que estas se constituyen exijan para ello información sobre quiénes son sus beneficiarios. De hecho, la información requerida es en ocasiones menor que la que se exige para abrir una cuenta bancaria u obtener el permiso de conducir. Esta realidad, según el proyecto, están siendo aprovechada por los terroristas y otros criminales para esconder su actividad detrás de estas entidades. De hecho, la *Financial Action Task Force on Money Laundering*, de la que Estados Unidos forma parte, ha puesto de manifiesto que el país no cumple los estándares por ella propuestos, por lo que le ha requerido para que los implemente; algo que los Estados federados aún no ha realizado, permitiendo la constitución de miles de entidades en las que sus titulares permanecen ocultos. En este sentido, la propuesta legislativa destaca como, en algunos Estados se han establecido procedimientos automáticos que permiten la constitución de una nueva corporación o una *limited liability company* en el plazo de 24 horas, cumplimentando un formulario en Internet; o que permiten dicha constitución, en el plazo de una hora, a cambio del pago de una tasa considerable. Para prevenir estas prácticas, y otras similares, el texto del senador Levin propone una serie de medidas destinadas fundamentalmente a imponer, sobre las entidades, la obligación de facilitar datos sobre sus verdaderos beneficiarios; previendo la imposición de sanciones civiles y penales para el caso de que dicha información no se facilite o se facilite faltando a la verdad. El texto asimismo prevé que se examinen, con la misma finalidad, los procedimientos estatales para constituir *partnerships*, *trusts*, *charitable organizations* u otras entidades legales, por si fuera necesario modificarlos.

<sup>159</sup>Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar Crime, Cases and Materials*, 5ª ed., 2011, p. 684, que se refiere a esta posibilidad con la expresión *corporate death penalty*.

En este punto conviene aclarar que las *guidelines* no prevén la disolución como una de las penas imponibles a las personas jurídicas. No obstante, las legislaciones estatales suelen prever dicha posibilidad, particularmente para las *corporations*, a través de la revocación de sus *charters*, si las mismas realizan determinadas actividades ilícitas. Es el caso del Estado de Delaware, donde esta revocación puede tener lugar «for abuse, misuse or nonuse of its corporales powers, privileges of franchises», y puede ser, acordada por una norma o instada por el Fiscal General ante el *Court of Chancery*. Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., p. 686.

<sup>160</sup>Para algún autor, la vaguedad de estos criterios, que quedan al arbitrio del juez sentenciador, puede dar lugar a que las consecuencias que puedan sufrir dos organizaciones condenadas por el mismo delito sean radicalmente distintas, apuntado incluso a su posible inconstitucionalidad. Véase Maurer, Ronald J., «The Federal Sentencing Guidelines for Organizations...», cit., p. 806.

En esta línea, Brickey plantea el siguiente supuesto: además de su implicación en el vertido de petróleo de Golfo de Méjico, la compañía BP ha tenido, en materia de seguridad, varios incidentes. En el año 2005, una explosión en una de sus refinerías en la ciudad de Texas, mató a quince trabajadores e hirió a otros 170. En 2006, una de sus oleoductos, cuyo mal estado, debido a un defectuoso mantenimiento, no fue advertido, causó en el norte de Alaska el vertido más grande hasta la fecha. Como consecuencia de estos hechos, la compañía alcanzó un acuerdo con la Fiscalía, por el que se declaraba culpable de varios delitos previstos en la *Clean Air Act* y se comprometía: a pagar importantes multas, a permanecer *on probation* y a cumplir los estándares de seguridad de la OSHA (*Occupational*

individualizar la pena, se realizará una vez que la organización haya sido declarada culpable de la infracción penal de que se trate<sup>161</sup>.

### 3. *Public Entities. La doctrina de la sovereign immunity*

En el ordenamiento federal, como ocurre en los estatales, las personas jurídicas públicas también pueden ser penalmente responsables.

Las ya reiteradas *Federal Sentencing Guidelines* parten de esta premisa, al incluir en su concepto de organización a los *governments and political subdivisions*. Estas últimas, en una

---

*Safety and Health Administration*). Desde que alcanzó este acuerdo, BP ha sido citada por más de 760 violaciones graves de estas normas de seguridad. Siendo este el historial de la empresa, ¿podría ser calificada la misma como una *criminal purpose organization* de conformidad con las *Federal Sentencing Guidelines*? Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., p. 685.

<sup>161</sup>De conformidad con el apartado segundo del artículo 66 bis del Código Penal español (que en este extremo no ha sido modificado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal) se entenderá que una persona jurídica se utiliza instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales cuando su actividad legal sea menos relevante que su actividad ilegal. Por tanto, también en nuestro ordenamiento, las que hemos llamado *criminal purpose organizations* pueden ser sujetos activos del delito, si bien los términos en los que estas son definidas exigirá una labor interpretativa importante. Particularmente porque, distinguiendo entre la actividad legal e ilegal de la entidad, puede plantearse la duda sobre qué ocurre cuando, sencillamente, toda la actividad de la persona jurídica sea ilegal. La Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 5/2010, al interpretar el artículo 31 bis de dicho Cuerpo legal, parece inclinarse precisamente por la no persecución penal de este tipo de entidades, o más exactamente, la de aquellas que en dicho texto se denominan «sociedades pantalla»; esto es, según la Fiscalía, las caracterizadas por la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio, etc., y utilizadas como herramientas del delito, o para dificultar su investigación. En estos casos, considera la Circular, aun cuando desde el punto de vista estrictamente formal la empresa «pantalla» puede gozar de personalidad jurídica y, por tanto, ser potencialmente responsable de conductas delictivas conforme al artículo 31 bis del Código Penal, se ajustará más a la realidad la imputación directa de las personas físicas por los delitos cometidos tras el manto de opacidad que otorga la sociedad ficticia. Y para hacer compatible esta conclusión, con la previsión contenida en la letra b) de la circunstancia 2ª del artículo 66 bis del Código Penal, el propio texto de la Circular aclara que ha de tratarse de entidades que no desarrollen ninguna actividad, como sería el caso de las denominadas «sociedades truchas» en los fraudes de IVA, en las que estas son utilizadas como meras titularidades formales de las obligaciones tributarias, y como eficaces parapetos tras los que se oculta la actividad delictiva de los particulares. En definitiva, se trataría, si siguiéramos la opción de la Fiscalía, de aplicar la teoría del levantamiento del velo, para apartar a la persona jurídica y perseguir penalmente a las personas físicas que la utilicen como mero instrumento. La aplicación, en nuestro ordenamiento, de la teoría del levantamiento del velo a estos supuestos de sociedades sin actividad nos plantea las mismas dudas que nos plantea esta cuestión en el Derecho estadounidense, en los casos de sociedades pequeñas o con estructuras muy simples o que puedan ser consideradas como alter ego de sus socios. Tampoco, en estos casos, la existencia de la entidad tiene por qué entorpecer la persecución penal de las personas físicas que la utilicen como mero instrumento y, a su vez, el castigo penal de esta última no tiene por qué obviarse por el hecho que su fin sea la realización de actividades ilícitas. La definición contenida en la letra b) del apartado segundo del artículo 66 del Código Penal debe ser interpretada, pues, en el sentido de que lo que se pretende es no excluir de la categoría de las sociedades que se utilizan para la comisión de delitos, y por tanto de la imposición de las penas previstas para ellas, a aquellas entidades que junto a su objeto principal, que será la realización de esas actividades ilícitas, pudieran también desarrollar alguna actividad de carácter lícito. Es cierto que, en ocasiones, la condena penal de una entidad que, como mero vehículo de la actividad criminal, no tenga, ni actividad ni patrimonio, puede no ser excesivamente útil, pero ello no impide alcanzar las conclusiones expuestas. En nuestra opinión, defender una especie de «inimputabilidad» de estas entidades, como las de otras, basada en otros factores a los que también hemos hecho referencia, carece de fundamento, salvo el amparado en el intento de trasladar a la responsabilidad penal de las personas jurídicas categorías propias de la responsabilidad de las personas físicas.

primera aproximación y sin perjuicio de la definición que de ellas se haga en la norma federal del que se trate, son entidades legales de naturaleza pública que ejercen funciones concretas de naturaleza gubernamental, por lo que incluyen, entre otras, a las entidades locales como los *county, city, town, village, school district* u otras entidades públicas similares. No se excluye pues la posibilidad de que las personas jurídicas públicas que ejerzan funciones ligadas con la soberanía o con la Administración en general puedan ser declaradas penalmente responsables.

En este sentido se pronuncian también algunas normas federales. Es el caso, entre otras, de aquellas destinadas a proteger el medio ambiente, que suelen contemplar expresamente entre los posibles responsables de las infracciones a todo tipo de personas jurídicas públicas, como las *municipalities, governments corporations, political division, instrumentalities* y *agency of states*; y también a los *states, intestates bodies, federal agencies*, e incluso al mismo Gobierno federal<sup>162</sup>.

Cuando no esté prevista expresamente esta posibilidad habrá que realizar la misma labor de interpretación a la que hicimos referencia con anterioridad; si bien en este concreto ámbito, a la hora de llevarla a cabo, habrá que tener muy en cuenta el papel de la doctrina de la *sovereign immunity*<sup>163</sup>.

Esta doctrina, procedente del *common law* y heredada del Derecho inglés, donde deriva del principio tradicional, según el cual, «the King can do no wrong»<sup>164</sup>, protege al Estado soberano frente a las demandas que puedan interferir en la realización de las funciones

---

<sup>162</sup>Véase, Green, Stuart P., «The Criminal Prosecution of Local Governments», 72 *N.C. L. Rev.* 1197 (1994), p. 1205-1206. Señala este autor que muchas de estas normas fueron modificadas a partir de los años 70 para, precisamente, incluir entre sus posibles destinatarios a estas entidades, y especialmente a las entidades municipales. Para ilustrar esta afirmación cita el caso de la *Endangered Species Act* de 1969. Esta norma, en su redacción original, incluía en su definición de *person*, además de a las personas físicas, a las *corporations, partnership, trust, association, or any other private entity, or any officer, employee, agent, department, or instrumentality of the Federal Government, of any State or political subdivision thereof, or of any foreign government*, sin hacer expresa mención a las entidades locales. Con base en esta redacción, el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito, en la sentencia dictada en el caso *United States v. City of Rancho Palos Verde*, 841, F.2d 329 (9th Cir.1988) consideró que, dada esta falta de mención expresa y no encajando la entidad local -*municipal corporation*- demandada en el caso ante él planteado en ninguna de las categorías incluidas en la norma, al ser, según el Tribunal, una *political subdivision of a state*, no podía ser perseguida penalmente por las conductas en ella incluidas. Ese mismo año, la norma fue reformada para incluir expresamente en su definición de *person* a las entidades locales -*municipalities*-. De esta forma el legislador eliminó toda duda sobre la posibilidad de que el Gobierno Federal pudiera acusar penalmente a estas entidades por delitos previsto en su texto.

<sup>163</sup>Véase al respecto, y particularmente, sobre la posible responsabilidad penal de las entidades locales, Green, Stuart P., «The Criminal Prosecution of...», cit. p. p. 1215-1220.

<sup>164</sup>Chemerinsky, Erwin, «Against Sovereign Immunity», 53 *Stan. L. Rev.* 1201 (2001), p. 1201.

gubernamentales<sup>165</sup>. Dicha doctrina se traduce, expuesto de una manera muy sencilla, en el hecho de que el mismo no podrá ser demandado sin su consentimiento.

En un Estado Federal, como es los Estados Unidos, esta inmunidad se predica tanto de los Estados federados como del Estado Federal, y afecta a su vez a las relaciones entre ambos.

Respecto a los Estados Federados, su inmunidad tiene amparo constitucional en la Undécima Enmienda de la Constitución<sup>166</sup> e implica -según expuso el Tribunal Supremo Federal en *Seminole Tribe v. Florida*<sup>167</sup>-, tanto la imposibilidad de ser demandado sin su consentimiento (sea por unos de sus ciudadanos o por un ciudadano de otro Estado), como su inmunidad en el sistema federal<sup>168</sup>, en el sentido de que también será objeto de protección frente a las demandas formuladas contra él ante la Jurisdicción Federal<sup>169</sup>. De esta manera, solo en determinados casos y cumpliendo determinados requisitos, una norma del Congreso podrá derogar esta inmunidad y someter a un Estado a un Tribunal Federal<sup>170</sup>.

También el Gobierno Federal goza de *sovereign immunity*. Como en el caso de los Estados, el Gobierno de los Estados Unidos no puede ser demandado sin su consentimiento. Los Estados Unidos, declaró el Tribunal Supremo Federal en *United States v. Mitchell*<sup>171</sup>, «no puede ser demandado sin su consentimiento y la existencia de dicho consentimiento es un presupuesto de la jurisdicción». A su vez, la existencia de dicho consentimiento, que implica la

---

<sup>165</sup>Hawkin, Andrew T., «Federal Supremacy, Sovereign Immunity, and Cooperative Federalism. The Relationship between Facilities and States Environmental Law», 5 *Tex. Tech. J. Tex. Admin. L.* 63 (2004), p. 66

<sup>166</sup>En este sentido, Hawkin, Andrew T., «Federal Supremacy, Sovereign Immunity...», cit. p. 66. Dice la citada Enmienda: «the Judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by Citizens of another State, or by Citizens or Subjects of any Foreign State».

<sup>167</sup>*Seminole Tribe v. Florida*, 517 U.S. 44 (1996).

<sup>168</sup>Declaró el Tribunal: «although the text of the Amendment would appear to restrict only the Article III diversity jurisdiction of the federal courts, "we have understood the Eleventh Amendment to stand not so much for what it says, but for the presupposition (...) which it confirms." *Blatchford v. Native Village of Noatak*, 501 U.S. 775, 779 (1991). That presupposition, first observed over a century ago in *Hans v. Louisiana*, 134 U.S. 1 (1890), has two parts: first, that each State is a sovereign entity in our federal system; and second, that "[i]t is inherent in the nature of sovereignty not to be amenable to the suit of an individual without its consent"».

<sup>169</sup>Véase, Chemerinsky, Erwin, «Against Sovereign...», cit. p. p 1203- 1204; también, Fessler, Jennifer L., «State Sovereign Immunity and Intellectual Property: An Evaluation of the Trademark Remedy Clarification Act's Attempt to Subject States to Suit in Federal Court for Trademark Infringements under the Lanham Act», 3 *S. New Eng. Roundtable Symp. L.J.* 49 (2008), p. p. 54-55.

<sup>170</sup>Véase al respecto, Fessler, Jennifer L., «State Sovereign Immunity and Intellectual Property: An Evaluation...», cit., p.p. 58-59.

<sup>171</sup>*United States v. Mitchell*, 463 U.S. 206 (1983).

renuncia a su inmunidad, debe ser interpretada restrictivamente y expresada de manera inequívoca<sup>172</sup>.

Pues bien, así entendida la vigencia de la doctrina de la *sovereign immunity* puede tener relevancia a la hora de exigir responsabilidad penal a una entidad pública, estatal o federal, en caso de falta de previsión expresa de la norma; pues puede entenderse que, a falta de dicha previsión, no existe una renuncia expresa a dicha inmunidad y que, por tanto, a estas no se les puede imputar el delito de que se trate<sup>173</sup>.

También, en función de si la acción penal se ejercita ante un tribunal estatal o federal y contra un organismo de una u otra naturaleza, se pueden plantear problemas complicados relacionados con el equilibrio del Estado Federal y las relaciones de este con los Estados que lo conforman<sup>174</sup>, no siempre fáciles de resolver; y que, precisamente por su naturaleza, poco tienen que ver con el Derecho penal sustantivo, aun cuando pueden limitar o incluso excluir sin duda su aplicación.

---

<sup>172</sup>En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo Federal, entre otros, en el caso, *United States v. Nordic Village Inc.* 503 U.S. 30 (1992). En dicha resolución declara el Tribunal, citando su propia doctrina, que «waivers of the Government's sovereign immunity, to be effective, must be "unequivocally expressed"», rechazando expresamente una interpretación al respecto «más liberal».

Es al Congreso Federal al que corresponde a través de la norma correspondiente la expresión de dicho consentimiento. Es el caso por ejemplo de la *Federal Torts Claims Acts*. Esta norma aprobada en 1946 permite el ejercicio de acciones civiles contra los Estados Unidos por los daños y perjuicios causados por la acción u omisión negligente o ilícita de cualquier empleado del Gobierno que actúe dentro de su competencia, y ello, con base en el Derecho aplicable en el lugar donde hayan ocurrido los hechos. De esta forma, la norma no crea unos estándares propios para la exigencia de esa responsabilidad al Gobierno Federal, sino que aplica los vigentes en esa materia en cada Estado. Asimismo regula expresamente una serie de excepciones, entre ellas aquellos supuestos en los que el acto o la omisión en cuestión suponga el ejercicio de una *discretionary function or duty*, afectando así a funciones gubernamentales de cuya realización no puede derivar responsabilidad. Véase, Bruno, Jonathan R. «Immunity for "discretionary" functions: a proposal to amend the Federal Tort Claims Act», 49 *Harv. J. on Legis.* 411 (2012), p. p. 419-421.

Otra norma en las que también se contiene esta renuncia expresa a la *sovereign immunity*, permitiendo dirigir contra el Gobierno Federal determinadas acciones, es la *Tucker Act* de 1887. Concretamente, permite ejercer contra el Gobierno Federal tres tipos de reclamaciones: las amparadas en una relación contractual; aquellas que el demandante pretenda del Gobierno la devolución de una determinada cantidad que abonó en su momento; o aquellas que reclame del mismo el pago de una determinada cantidad a la que considere que tiene derecho. Véase, Noone, Michael F. y Lester, Urban A., «Defining Tucker Act Jurisdictions after *Bowen v. Massachusetts*», 40 *Cath. U. L. Rev.* 571 (1991), p. p. 575- 576.

Sobre los criterios utilizados por los Tribunales para concluir si ha existido o no dicha renuncia, véase Lanahant, Maria A., «Amongst the "Waives": Whether Sovereign Immunity for Contractual Damages Is Waived under the Public Vessels Act or the Suits in Admiralty Act», 80 *U. Chi. L. Rev.*, 895 (2013), p. p. 902-903.

<sup>173</sup>En este sentido, Green, Stuart P., «The Criminal Prosecution...», cit., p. 1218.

<sup>174</sup>En este sentido, Green, Stuart P., «The Criminal Prosecution...», cit., p. 1216, nota 107.

Para un mejor entendimiento de las consideraciones expuestas, mencionaremos dos resoluciones judiciales que creemos ilustrativas.

La primera es la sentencia dictada por el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito en el caso *People v. Walters*<sup>175</sup>.

En él, la Fiscalía de la ciudad de los Ángeles, creyendo que en un Hospital de Veteranos de la ciudad se estaban tratando determinados residuos médicos vulnerando las disposiciones al respecto fijadas en la Ley del Estado de California, inició un proceso penal contra la *Veterans Administration* y su administrador, responsables de dicho hospital.

El Juez Federal que examinó el asunto en primera instancia archivó el mismo, considerando que los denunciados estaban protegidos por la *sovereign immunity* y que su inmunidad no había sido claramente renunciada. El *city attorney* apeló esta decisión, que fue confirmada en segunda instancia.

El Tribunal de Apelación entendió, en primer lugar, que no era una cuestión controvertida para las partes que, en esencia, el caso se había formulado contra los Estados Unidos, que como Estado estaba amparado por la *sovereign immunity*, conforme a la cual, no podía ser demandado sin su consentimiento<sup>176</sup>. En segundo lugar, valoró si la norma esgrimida por el Fiscal para sostener que el Estado Federal había renunciado a su inmunidad era suficiente a estos efectos, algo que descartó.

Según el Tribunal, dicha norma<sup>177</sup>, que obligaba a todos los departamentos, agencias y organismos del Gobierno Federal, implicados en cualquier actividad generadora de residuos tóxicos, a cumplir con *all Federal, State, interstate, and local requirements, both substantive and*

---

<sup>175</sup>*People v. Walters* 751 F.2d, 977 (9th Circuit 1984).

<sup>176</sup> El *U.S. Department of Veteran Affairs* se ocupa de la atención a los veteranos de guerra.

<sup>177</sup> Su texto era el siguiente: «each department, agency, and instrumentality of the executive, legislative, and judicial branches of the Federal Government (1) having jurisdiction over any solid waste anagement facility or disposal site, or (2) engaged in any activity resulting, or which may result, in the disposal or management of solid waste or hazardous waste shall be subject to, and comply with, all Federal, State, interstate, and local requirements, both substantive and procedural (including any requirement for permits or reporting or any provisions for injunctive relief and such sanctions as may be imposed by a court to enforce such relief), respecting control and abatement of solid waste or hazardous waste disposal in the same manner, and to the same extent, as any person is subject to such requirements, including the payment of reasonable service charges. Neither the United States, nor any agent, employee, or officer thereof, shall be immune or exempt from any process or sanction of any State or Federal Court with respect to the enforcement of any such injunctive relief».



*procedural*, no implicaba dicha renuncia, la cual, según una doctrina jurisprudencial reiterada, debía ser clara e inequívoca. Las sanciones penales, y frente a las alegaciones de la Fiscalía, no eran, según el Tribunal, ningún *requirement*, sino más bien la consecuencia de su incumplimiento. Además la norma incluía una renuncia expresa a la inmunidad respecto a la ejecución de cualquier *injunctive relief*<sup>178</sup>, mientras no hacía referencia alguna a las sanciones penales, lo que, en opinión del Tribunal, apoyaba la conclusión de que el legislador no había querido formular dicha renuncia.

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal de Apelación en la segunda de las resoluciones que queríamos mencionar, dictada por el Tribunal de Apelación del Distrito de Columbia en el caso *Galvan v. Federal Prison Industries, Inc*<sup>179</sup>.

La controversia planteada en este caso era de naturaleza civil, pero entendemos que los argumentos empleados, respecto a la materia que estamos examinando, serían perfectamente trasladables al ámbito de la responsabilidad penal.

En esta resolución, la demanda se había dirigido contra una *federal corporation*. Concretamente contra la *Federal Prison Industries Inc.*, corporación de la que el Estado Federal era su único titular y creada para proporcionar trabajo a las personas que estuviera privadas de libertad en instituciones federales.

Pues bien, según el Tribunal, esta *federal corporation* estaba también amparada por la *sovereign immunity*, porque la misma es aplicable a todas las agencias federales y organismos que ejerzan funciones del Gobierno Federal, que de esta manera están protegidas frente a las acciones que se ejerciten contra ellas. De hecho, añadió el Tribunal, como corporación federal, la entidad demandada más que un organismo federal –*federal instrumentality*– era una agencia ejecutiva, de manera que también como tal era inmune, en ausencia de una renuncia expresa del Congreso a esta inmunidad (que el Tribunal consideró no existía en la ley que amparaba la acción ante él ejercida, que era la *False Claim Act*).

---

<sup>178</sup>Una *injunctive relief* es una orden judicial que, para evitar mayores perjuicios que no puedan ser posteriormente compensados económicamente, impone o prohíbe a alguien una determinada acción, con el fin de mantener el *status quo*.

<sup>179</sup>*Galvan, v. Federal Prison Industries Inc* 199, F.3d 461 (D.C. Cir. 1999).

Esta norma, que impone sanciones civiles a cualquier persona que ejecute algunas de las falsedades en ella previstas, era precisamente de las que no incluían en su texto cómo debía entenderse el término *person*; ausencia que fue la que aprovechó el demandante para alegar que debía acudir, en consecuencia, a la definición general que de dicho término aporta el *U.S. Code*, que incluye a las *corporations*, y por tanto a la entidad demandada. Ya hemos expuesto que el Tribunal rechazó este argumento porque, en el caso de autos, se trataba de una *federal corporation*, que ejercía funciones del Gobierno Federal y cuya titularidad correspondía exclusivamente al mismo.

En definitiva, en ausencia de una previsión expresa de sujeción de la persona jurídica publica a la norma penal de que se trate, la exigencia a la misma de responsabilidad penal, cuando del ejercicio de funciones gubernamentales o administrativas se trate, encontrará el obstáculo de la aplicación de la *sovereign immunity* y la interpretación restrictiva que de la misma han hecho los Tribunales Federales, en línea con la doctrina del Tribunal Supremo Federal.

Una última precisión cabría hacer respecto a la *public entities*. En el caso de que se declare su responsabilidad penal y corresponda imponer a las mismas una multa, las *federal sentencing guidelines* prevén (en su regla 8.C4.7) la posibilidad de que el *sentencing judge*, atendiendo precisamente a esa condición, rebaje la multa que correspondería imponerle según las reglas allí establecidas<sup>180</sup>. De esta manera se trata de evitar que una multa excesivamente elevada pueda perjudicar la prestación de servicios públicos por parte de tales entidades<sup>181</sup>.

---

<sup>180</sup>Dice la norma: «if the organization is a public entity, a downward departure may be warranted».

<sup>181</sup>Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 11.03 (versión electrónica).



## CAPÍTULO SEGUNDO. UNA MIRADA HISTÓRICA. DESDE LORD HOLT HASTA *LEHMAN BROTHERS*

### I. INTRODUCCIÓN

El 23 de febrero de 1909 el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos dictó sentencia en el caso *New York Central R. Co. v. United States*<sup>182</sup>, marcando el punto de partida para la expansión que la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha experimentado en este país, especialmente durante todo el siglo XX y hasta nuestros días<sup>183</sup>.

En esta resolución, el Tribunal Supremo Federal afirma, por primera vez, que es conforme a la Constitución que el Congreso, mediante ley, pueda declarar a una *corporation* penalmente responsable por los actos cometidos por sus representantes o empleados en el ejercicio de sus funciones. Otra conclusión, dice el Tribunal, sería «cerrar los ojos» al hecho indudable de que, en los tiempos modernos, la mayoría de las transacciones comerciales se realizan por estas entidades, que no pueden ser inmunes a todo castigo por la aplicación de la vieja doctrina, según la cual, las personas jurídicas no pueden cometer delitos<sup>184</sup>.

Se reconoce que algunos delitos, por su propia naturaleza, no pueden ser cometidos por estas entidades, pero, a la vez, que existe un gran catálogo de ellos que sí pueden serlo, y por los que las personas jurídicas deben responder.

Concretamente, el criterio de imputación consagrado por el Tribunal en esta sentencia está basado en la idea de trasladar a la persona jurídica la responsabilidad por el hecho cometido por su *agents*. Los propósitos, motivos o intenciones de estos últimos son los de la entidad, porque esta sólo puede actuar a través de ellos<sup>185</sup>.

---

<sup>182</sup>*New York Central R. Co. v. United States*, 212 U.S. 481 (1909).

<sup>183</sup>Newman, David y Weissmann, Andrew, «Rethinking Criminal Corporate Liability», 82 *In. L.J.*, 411 (2007), p. 420.

<sup>184</sup>Señala el Tribunal: «It cannot shut its eyes to the fact that the great majority of business transactions in modern times are conducted through these bodies, and particularly that interstate commerce is almost entirely in their hands, and to give them immunity from all punishment because of the old and exploded doctrine that a corporation cannot commit a crime would virtually take away the only means of effectually controlling the subject matter and correcting the abuses aimed at».

<sup>185</sup>Declara el Tribunal: «In considering the subject, Bishop's New Criminal Law, § 417, devotes a chapter to the capacity of corporations to commit crime, and states the law to be: "Since a corporation acts by its officers and agents, their purposes, motives, and intent are just as much those of the corporation as are the things done". If, for example, the invisible, intangible essence or air which we term a corporation can level mountains, fill up valleys, lay down iron tracks, and run railroad cars on them, it can intend to do it, and can act therein as well viciously as virtuously».

Se consagra así un modelo de imputación basado en la responsabilidad por el hecho de otro, modelo que hunde sus raíces en la teoría, propia del ámbito civil, del *respondeat superior*, según la cual los empleadores son penalmente responsables de los daños causados por sus empleados en el desempeño de sus funciones<sup>186</sup>. Esta doctrina, en sus líneas esenciales y con el alcance que precisaremos en su momento, se ha mantenido hasta nuestros días.

Como puede fácilmente deducirse, esta sentencia del Tribunal Federal de los Estados Unidos no surge sin más, sino que es fruto de la importante evolución doctrinal y jurisprudencial que en esta materia tiene lugar en el país durante todo el siglo XIX y principios del siglo XX. Evolución paralela al incesante crecimiento que experimenta el número de personas jurídicas y, sobre todo, la importancia de estas en las relaciones económicas y de negocios.

De las fases fundamentales de esta evolución, que explica esta sentencia, nos ocuparemos a continuación; para después explicar el por qué de su influencia y consagración en la Jurisprudencia Federal posterior.

No nos centraremos, sin embargo, sólo en el papel jugado por los jueces, sino que, para llegar a una primera aproximación sobre el estado de la cuestión en la actualidad, examinaremos el desempeñado por otros protagonistas. Es el caso del legislador que ha protagonizado lo que algunos autores han denominado una auténtica explosión legislativa, especialmente en el ámbito federal, con la publicación incesante de normas, destinadas a la mayoría de los ámbitos de la actividad económica y que han supuesto la tipificación de un gran número de infracciones penales.

También trataremos otros elementos que han influido de manera decisiva en la forma de entender la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los Estados Unidos, y que desarrollaremos en capítulos posteriores de este trabajo; como son, las llamadas a la autorregulación, con el nacimiento y desarrollo de los *compliance programs*; la publicación de las *guidelines* para organizaciones; o los criterios de actuación de los Fiscales Federales.

El ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por último, se verá afectado, como otros, por los grandes escándalos financieros de comienzos del siglo XXI, que

---

<sup>186</sup>Brickey, Kathleen F., «Perspectives on Corporate Criminal Liability», *Legal Studies Research Paper Series*, Research Paper No. 12-01-2012.

parecían anunciar la gran crisis que tendrían lugar poco después, y que desde los Estados Unidos se extendería al resto del mundo.

## II. DE LAS TRECE COLONIAS A UNOS ESTADOS UNIDOS INDEPENDIENTES

### 1. Aproximación al origen y evolución de las personas jurídicas en el Derecho inglés. El nacimiento de la responsabilidad penal

Antes de comenzar la explicación sobre la evolución histórica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los Estados Unidos, resulta necesario referirnos a cuál era la situación del Derecho inglés en esta materia cuando, en el año 1783, las 13 colonias de América del Norte se independizan de Gran Bretaña, pues ese es el punto de partida para el desarrollo del Derecho en la nueva nación.

En el derecho inglés, las primeras *corporations*, esto es, las primeras organizaciones con personalidad propia distintas de los miembros que la componen, tienen su origen en el siglo XIV, y eran creadas originariamente, y de ordinario, por una concesión de la Corona o un acto del Parlamento<sup>187</sup>.

En un primer momento surgen como entidades religiosas ligadas a la Iglesia, cuya finalidad es facilitar la administración de sus bienes<sup>188</sup>. Después, aparecen en la sociedad civil. Primero, en el ámbito municipal, para el desarrollo de ciertas actividades públicas; y posteriormente, en el entorno de los gremios o grupos de artesanos o comerciantes<sup>189</sup>.

---

<sup>187</sup>Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History and An Observation», 60 *Wash. U. L. Q.*, 393 (1982), p. 397; Elkins, James R., «Corporations and the Criminal Law: An Uneasy Alliance», 65 *Ky. L.J.* 73 (1976), p. 85.

También podían ser constituidas, según el *common law, by prescription*, esto es, sin necesidad de un acto de reconocimiento formal –*formal charter of incorporation*–, si la entidad en cuestión había actuado como tal, con personalidad propia durante un largo período de tiempo. Véase al respecto, Oman, Nathan B., «Corporations and Autonomy Theories...», cit., p. 116.

<sup>188</sup>Los canonistas descubrieron la institución romana de la *universitas* en las normas procedentes del Derecho Romano, y decidieron utilizarla para que la Institución, la Iglesia, pudiera ser propietaria. Véase al respecto, Raymond, Robert L., «The Genesis of Corporation», 19 *Harv. L. Rev.* 353 (1905-1906), p. 360.

<sup>189</sup>Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History...», cit., p. p. 397-398; Elkins, James R., «Corporations and the...», cit., p. 85.

Para un estudio más detallado sobre el origen y evolución de estas primeras personas jurídicas en Inglaterra, véase, Laski, Harold J., «The Early History of the Corporation in England», 30 *Harv. L. Rev.* 561 (1916); también, Carr, Cecil Thomas, «Early Forms of Corporateness», *Select Essays in Anglo- American Legal History* (1909), vol. 3, p. p. 161-182.

Estas primeras entidades laicas se apoyan, en su origen, en la idea de facilitar la mutua protección de sus miembros, que tenían en común o la proximidad de su lugar de residencia o el oficio al cual se dedicaban, ejerciendo sobre ello, cada una en su propio ámbito, importantes facultades normativas y de control<sup>190</sup>. Especialmente, los gremios de artesanos y comerciantes establecían las normas concretas que habían de regular la actividad de la que se tratara, normas que había de ser respetadas por todos aquellos que se dedicaran a la misma<sup>191</sup>.

Los primeros gremios que se organizaron de esta manera, convirtiéndose en *corporations* y, con ello, en precursores de las sociedades mercantiles modernas<sup>192</sup>, fueron el de los tejedores, reconocido por el Rey Enrique II ; el de los orfebres, constituido en el año 1327; el formado en torno a los tratantes de sedas, en 1373; el de los camiseros, en 1407; el formado por aquellos dedicados a la venta de pescado, constituido en 1433; los dedicados al comercio del vino, en 1437; y el de los sastres, en 1467<sup>193</sup>.

*The charter of incorporation*, esto es, su acto constituyente, garantizaba a estas entidades el ejercicio exclusivo, en todo o en parte del reino, de una actividad concreta, así como el derecho a regular su ejercicio<sup>194</sup>; podían además, aunque con diferencias en función de su naturaleza, adquirir y vender tierras, demandar y ser demandadas o firmar contratos<sup>195</sup>.

Durante el siglo XVI, debido al impulso que para el comercio supuso el descubrimiento de América y la exploración de nuevos territorios en el Atlántico sur y en Asia, comenzaron a aparecer entidades similares a las descritas, pero constituidas también por comerciantes y aventureros extranjeros, a los que se les concedía, como en el caso de las surgidas con anterioridad en torno a los gremios tradicionales de artesanos y comerciantes, el monopolio del comercio en esos nuevos territorios, que debían también regular<sup>196</sup>.

---

<sup>190</sup>Williston, Samuel, «History of Law of Business Corporations before 1800», 2 *Harv. L. Rev.* 105 (1888), p. 108.

<sup>191</sup>Williston, Samuel, «History of Law of Business ...», cit., p. 108.

<sup>192</sup>Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History...», cit., p. 398.

<sup>193</sup>Williston, Samuel, «History of Law of Business ...», cit., p. p 108-109.

<sup>194</sup>Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History...», cit., p. 398.

<sup>195</sup>Holdsworth, W. S., «English Corporation Law in the 16<sup>th</sup> and 17<sup>th</sup> Century», 31 *Yale L.J.* 382 (1921), p. p. 391-392.

<sup>196</sup>Williston, Samuel, «History of Law of Business ...», cit., p.109.

Algunas de estas Compañías fueron la *African Company* o la *Russia Company*. También la famosa *Company of Merchants of London*, para el comercio con las Indias Orientales, constituida por la Reina Isabel I en el año 1600.

Poco a poco esta forma de organización, dada las ventajas que ofrecía<sup>197</sup>, va introduciéndose en otros sectores del ámbito mercantil, y llegado el siglo XVII, la *business corporation* es ya un elemento importante en la actividad económica inglesa<sup>198</sup>.

En ese momento estas entidades aún necesitan para existir como tales ese reconocimiento del Estado, bien tenga su origen en el Monarca o bien en el Parlamento<sup>199</sup>.

Pronto comienza a surgir, sin embargo, una forma de organización para el ejercicio de actividades económicas que se mantiene al margen de estas autorizaciones o reconocimientos de la Autoridad y que tiene su origen exclusivamente en la voluntad de sus participantes. Efectivamente, en el escenario al que hemos aludido, constituido por las nuevas rutas comerciales con los nuevos territorios, el ejercicio individual del comercio resultaba, la mayoría de las veces, complicado, dada la duración de los viajes, en ocasiones de años, y sus elevados costes<sup>200</sup>. Ante estas dificultades aparecen con fuerza en la Inglaterra de la época, las denominadas *joint stock companies*, en la que varios individuos de distintas procedencias, se asociaban y aportaban una determinada cantidad de dinero para una empresa concreta. Finalizada la misma, se repartían los beneficios en proporción a sus respectivas aportaciones, las cuales también fijaban su responsabilidad por las deudas contraídas<sup>201</sup>.

---

<sup>197</sup>Ya desde el siglo XV se consideraba que los *individuals shareholders* de las *corporations* no respondían personalmente de las deudas contraídas por dicha entidad, aunque esta podía exigirles el pago de determinadas cantidades para satisfacer sus deudas. Para evitar esta forma de pago de las deudas de la entidad, las compañías empezaron a limitar contractualmente la responsabilidad de sus socios a una cantidad máxima. Véase al respecto, Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History...», cit., p. p. 399.

<sup>198</sup>Elkins, James R., «Corporations and the ...», cit., p. 86.

En 1694, se constituye el Banco de Inglaterra –*Bank of England*–, que surge como respuesta a las necesidades de financiación del gobierno del momento, constituyendo, precisamente, el capital de la entidad, la deuda que «sus miembros» mantenía contra dicho gobierno. Véase al respecto, Williston, Samuel, «History of Law of Business...», cit., p. 111.

<sup>199</sup>En este sentido, Williston, Samuel, «History of Law of Business ...», cit., p.114, para quien la constitución *by prescription*, a la que ya hicimos referencia, era una forma más propia de las *corporations* más antiguas, y no por tanto de aquellas dedicadas a los negocios y al comercio en general.

<sup>200</sup> Véase al respecto, Williston, Samuel, «History of Law of Business...», cit., p. p. 109-110.

<sup>201</sup>Véase al respecto, Williston, Samuel, «History of Law of Business...», cit., p. p. 109-111; también, Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History...», cit., p. p. 399-400. Precisamente, Brickey señala, como otra de las razones que fomentaron la aparición de las *joint stock companies*, el monopolio que las grandes compañías mercantiles ejercían sobre el comercio en los nuevos territorios, lo que suponía que el capital necesario para las nuevas empresas tuviera, a su vez, que proceder de aquellos comerciantes que formaban parte de ellas. De hecho, en ocasiones, estas *joint stock companies* violaban los derechos que, para comerciar en exclusividad, le habían sido otorgados a las *corporations* debidamente autorizadas, de ordinario formadas por personas muy bien relacionadas políticamente y que habían pagado un alto precio por asegurarse el citado monopolio. Precisamente por ello, estas últimas disfrutaban de una posición más fuerte en el mercado. Las *joint stock companies*, aunque no eran propiamente ilegales, actuaban realmente al margen de la autoridad de la Corona. Véase al respecto, Mahoney, Paul G., «Contract or Concession? An Essay on the History of Corporate Law», 34 *Ga. L. Rev.* 873 (2000), p. 887.



Poco a poco, no obstante haber sido concebidas inicialmente para la consecución de una empresa concreta, estas nuevas formas de asociación mercantil, en su mayor parte *not incorporated*<sup>202</sup>, esto es, no constituidas formalmente, continúan existiendo más allá de la finalización de la empresa concreta para la que fueron creadas y de las personas que inicialmente la constituyeron, admitiéndose nuevos miembros a través de la venta de las suscripciones correspondientes<sup>203</sup>.

La expansión de esta forma de *business association* es constante durante el siglo XVII y continúa a principios del siglo XVIII, constituyéndose para emprender los negocios más variados. Durante el desarrollo de algunos de ellos, sin embargo, muchas realizaron actividades altamente especulativas, promoviendo en ocasiones el fraude; mientras los beneficios de sus actividades, a menudo, no fueron los esperados. Por otro lado, la citada especulación alcanzó también a la venta de sus participaciones. Las *joint stock companies* fueron acusadas entonces por algunos de ser culpables de «las miserias» del país<sup>204</sup>.

En el año 1720, el Parlamento inglés aprueba la conocida como *Bubble Act*, norma que condena las prácticas descritas, y en general la actuación de estas entidades que, sin haber sido constituidas debidamente, ya fuera por la Corona o por el Parlamento, actuaban como *corporate bodies*, transmitiendo sus participaciones sin autorización legal para ello y realizando otras muchas actividades que habían causado graves perjuicios<sup>205</sup>.

No coinciden los autores sobre si dicha norma, derogada formalmente en el año 1835, frenó realmente la expansión de estas entidades<sup>206</sup>; pero desde luego no supuso su desaparición.

---

<sup>202</sup>El hecho de no haber sido constituidas por el Rey o por el Parlamento suponía, de conformidad con el *common law*, que no disfrutaban de los mismos privilegios y facultades que correspondían a las *corporations*, que sí habían sido debidamente constituidas. No gozaban así, entre otros, del derecho a demandar o el de vender tierras; tampoco podían ser demandadas. Véase al respecto, Harris, Ron, «The Bubble Act: Its Passage and Its Effects on Business Organization», 54 *The Journal of Economic History* 610 (1994), p. 623.

<sup>203</sup>Véase al respecto, Williston, Samuel, «History of Law of Business ...», cit., p. p. 109-111; Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History...», cit., p. p. 399-400; también, Mitchel, Williams, «Early forms of Partnership», *Select Essays in...*, cit., vol. 2, p. p. 183-194.

<sup>204</sup>Véase al respecto, Williston, Samuel, «History of Law of Business ...», cit., p. p. 110- 112; también, Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History...», cit., p. p. 399-400.

<sup>205</sup>Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History...», cit., p. 399.

<sup>206</sup>A favor véase, Holdsworth, W. S., «English Corporation...», cit., p. 382. En contra, Evans, Frank, «The Evolution of the English Joint Stock Limited Trading Company», 8 *Colum. L. Rev.* 339 (1908), p. 354; o Harris, Ron, «The Bubble Act: Its Passage and Its Effects...», cit., p. p. 610-612 y 623-626, para quien realmente esta norma no tuvo el impacto que muchos autores de la época le atribuyen.

En el siglo XIX, estas *business association*, junto a las *business o comercial corporations* tradicionales empezaban a asumir, en la actividad económica inglesa, un papel mucho más importante que el que desempeñaba el empresario individual<sup>207</sup>.

Finalmente, en 1844, el Parlamento inglés aprueba la *Joint Stock Company Law*, norma en la que se reconocía personalidad jurídica a las mismas, y en general, a todas las *partnership* con más de 25 miembros y con participaciones transferibles<sup>208</sup>, siempre que se registraran en la forma regulada en ella.

En 1855, llegaría el reconocimiento legal de la posibilidad de que los socios de las compañías mercantiles respondieran limitadamente de las deudas contraídas. Se aprueba en ese año la *Limited Liability Act*, que permite que así lo establezcan sus documentos de constitución, siempre que se cumplan determinados requisitos; entre ellos, que en su nombre figure, al final, la palabra *limited*<sup>209</sup>.

Paralelamente a este proceso de evolución y consolidación que en la vida económica y mercantil inglesa experimentan las personas jurídicas, aparece, y evoluciona a su vez, el debate jurídico sobre su naturaleza y sobre qué pueden o no pueden hacer en el desarrollo de sus actividades.

Admitido tempranamente que las *corporations* eran entidades distintas de los miembros que la componían, poco a poco fueron afirmándose otras características. Sus propiedades pertenecían a ellas y no a sus miembros; los pronunciamientos judiciales contra ellas, sólo podían ejecutarse contra sus bienes y no contra los de sus componentes<sup>210</sup>; y se aplicaron a las entidades laicas las denominadas *mortmain laws*, aplicables inicialmente a las entidades religiosas, y conforme a las cuales determinados bienes inmuebles pertenecía a perpetuidad a la entidad, que quedó así investida de «inmortalidad»<sup>211</sup>.

---

<sup>207</sup>Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History...», cit., p. 400.

<sup>208</sup>Mahoney, Paul G., «Contract or Concession? An Essay on the History...», cit., p. 889.

<sup>209</sup>Mahoney, Paul G., «Contract or Concession? An Essay on the History...», cit., p. 892.

<sup>210</sup>Ya en la Edad Media, se consideraba que las *corporations* podían demandar y ser demandadas. Véase al respecto, Holdsworth, W. S., «English Corporation...», cit., p. p. 390-392.

<sup>211</sup>Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History...», cit., p. 400.

No podían sin embargo cometer delitos, de la misma manera que, según los estudiosos del Derecho Canónico, no podía cometer pecados ni ser excomulgadas<sup>212</sup>.

En 1612, en la sentencia dictada en el caso *Sutton's Hospital*<sup>213</sup>, Sir Edward Cork<sup>214</sup> decía que una *corporation* era invisible, inmortal, que existía sólo porque así lo quería el Derecho. No podía pues cometer traición, ni ser ilegal, ni ser excomulgada; tampoco tenía alma, y sólo podía comparecer a través de su abogado. Era un *invisible body* que no podía prestar juramento y que no podía morir<sup>215</sup>. En el año 1701, Lord Holt, *Chief Justice on the King's Bench*, pronunciaba su conocidísima frase, citada prácticamente por todos los autores que se han ocupado de esta cuestión<sup>216</sup>, según la cual, «una persona jurídica no puede ser imputada, pero sus miembros sí»<sup>217</sup>. Y en 1765, Sir William Blackstone en su tratado, *Commentaries on the Laws of England*<sup>218</sup>, declaraba que una persona jurídica no podía cometer delitos de traición u otros graves por ella misma, sino que ello sólo podían hacerlo sus miembros, como individuos<sup>219</sup>.

En esos momentos, en el Derecho inglés, el posible reconocimiento de la responsabilidad penal de estas personas jurídicas presentaba, al menos, cuatro obstáculos importantes<sup>220</sup>: el primero, cómo imputar actos y acciones a unas entidades que se consideraban, tal como hemos dicho, una ficción jurídica, meras abstracciones legales; el segundo, cómo se les podía exigir algún tipo de responsabilidad moral por tales acciones si

---

<sup>212</sup>Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History...», cit., p. 400.

<sup>213</sup>*Case of Sutton's Hospital* (1612) 77 Eng Rep 960.

<sup>214</sup>Célebre abogado y juez de la época

<sup>215</sup>Se decía en la citada resolución judicial: «Corporation itself is onely *in abstracto*, and resteth onely in intendment and consideration of the Law; for a Corporation aggregate of many is invisible, immortal, & resteth only in intendment and consideration of the Law; and therefore in 39 H. 6. 13b. 14 a. Dean and Chapter cannot have predecessor nor successor. They may not commit treason, nor be outlawed, nor excommunicate, for they have no souls, neither can they appear in person, but by Attorney. A Corporation aggregate of many cannot do fealty, for an invisible body cannot be in person, nor can swear, it is not subject to imbecilities, or death of the natural, body, and divers other cases».

También en este pronunciamiento judicial se afirma, como algo inherente a la naturaleza misma de estas entidades, que su creación es algo que dimana de la autoridad, a la que deben su existencia: «...What things are the essence of a corporation. Now it is to see what things are of the essence of a Corporation. 1. Lawful authority of Incorporation; and that may be by four means, by the Common Law, as the King himself, ...by authority of Parliament; by the King's Charter (as in this case) and by prescription...». Véase al respecto, Holdsworth, W. S., «English Corporation...», cit., p. 382.

<sup>216</sup>El propio Tribunal Supremo Federal la cita en la sentencia dictada en *New York Central R. Co. v. United States*. Algún autor ha puesto en duda, sin embargo, que la citada frase se pronunciara alguna vez. Véase, Hamilton, Adelbert, «Indictment of Corporations», 6 *Crim. L. Mag.* 315 (1885), p. 1.

<sup>217</sup>«A corporation is not indictable, but the particular members of it are».

<sup>218</sup>Este tratado sobre el derecho inglés, publicado por primera vez entre 1765 y 1769, es un libro de referencia, que ejerció gran influencia en su momento.

<sup>219</sup>«A corporation cannot commit treason, or felony, or other crime in its corporate capacity, though its members may, in their distinct individual capacities». Véase, Elkins, James R., «Corporations and the...», cit., p. 86.

<sup>220</sup>Véase al respecto, Khanna, V.S., «Corporate Criminal Liability: What Purpose Does it Serve?», 7 *Harv.L. Rev.* 109 (1996), p. p. 1478-1479.

como meras abstracciones, no tenían alma ni voluntad; el tercero, estas entidades, de acuerdo con la doctrina *ultra vires* no podían ser responsables de aquellos actos que no estuvieran autorizados por sus estatutos *-charters-*, y lógicamente los delitos no lo estaban; y el cuarto, cómo podían estas entidades comparecer físicamente ante los Tribunales.

No obstante lo expuesto, sí existieron algunos supuestos concretos en los que se exigió responsabilidad en vía penal a determinadas personas jurídicas. Porque, como señalaba Holdsworth<sup>221</sup>, una cosa era extraer determinadas conclusiones generales o abstractas sobre las capacidades y responsabilidades de las personas jurídicas, partiendo de su naturaleza, y otra distinta trasladarlas a reglas concretas. De hecho, desde comienzos del siglo XVII, podemos hallar pronunciamientos judiciales de los Tribunales Ingleses en los que se declara la responsabilidad penal de las personas jurídicas; si bien, en un principio, se trata de unas personas jurídicas concretas y por unos hechos determinados.

Efectivamente, la doctrina de Lord Holt, recogida por Blackstone, no impidió que los Tribunales de Justicia, desde principio del siglo XVII exigieran responsabilidad penal a ciertas entidades municipales, públicas o *cuasi* públicas *-municipalities, boroughs y counties-*, a las que precisamente hicimos referencia en su momento como una de las primeras *corporations*, y ante el incumplimiento de determinadas obligaciones que les correspondían de cara a la comunidad, principalmente relacionadas con el mantenimiento de carreteras o puentes. Si estos incumplimientos habían ocasionado a la comunidad daños, perjuicios o simples molestias *-public nuisance-*, dichas entidades debían responder, según el *common law*, en vía penal<sup>222</sup>.

Para imponer este tipo de responsabilidad a la propia entidad, y no a individuos concretos, se apoyaban los tribunales en la idea de que la obligación de mantenimiento y reparación de la infraestructura pública en cuestión -de ordinario, un puente o una carretera- correspondía a dicha entidad y no a sus dirigentes o empleados. El hecho de que estos, sucesivamente, hubieran tenido que asumir su mantenimiento, independientemente de cuándo las estructuras hubieran sido construidas, ponía de manifiesto precisamente que dicha obligación «seguía» a la entidad y no a las personas concretas y determinadas<sup>223</sup>.

---

<sup>221</sup>Holdsworth, W. S., «English Corporation...», cit., p. 387.

<sup>222</sup>Elkins, James R., «Corporations and the ...», cit., p. 87; Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History...», cit., p. 402.

<sup>223</sup>Véase al respecto, Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History...», cit., p. 401-402; también, Elkins, James R., «Corporations and the ...», cit., p. 87

En 1635, se dicta una de las primeras resoluciones en este sentido en el caso *Langforth Bridge*<sup>224</sup>; y en 1638, en el caso *King v. The City of London*<sup>225</sup>, el Tribunal declaró que la responsabilidad de este tipo de entidades era ya una cuestión establecida<sup>226</sup>. Años después, se procesaría a la misma ciudad de Norwich<sup>227</sup>.

Durante los siglos XVIII y XIX estos pronunciamientos jurisprudenciales continuarían<sup>228</sup>. Y a mediados de este último siglo esta exigencia de responsabilidad penal se trasladará desde las personas jurídicas públicas a las privadas, a las *commercial corporations*; y ello también ante el incumplimiento de las más variadas obligaciones<sup>229</sup>.

En realidad, admitida la posibilidad de que las personas jurídicas públicas pudieran responder penalmente por actos constitutivos de *public nuisance*, no existía obstáculo alguno para que dicha responsabilidad se exigiera también, y por hechos similares, a las personas jurídicas privadas dedicadas al comercio y a la industria.

La progresiva expansión de la responsabilidad penal a las personas jurídicas privadas no fue en realidad sino fruto de la importancia económica y social que fueron adquiriendo; que, sin embargo, era aún muy incipiente, cuando las entidades municipales comenzaron a ser penalmente responsable en los supuestos descritos<sup>230</sup>.

---

<sup>224</sup>*Langforth Bridge* 79 Eng. Rep. 919 (K.B. 1635). Véase Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History...», cit., p. 401.

<sup>225</sup>*King v. The City of London* St. Tr. 1039 (K.B. 1682).

<sup>226</sup>Bernatt, James, «The Criminal Liability of American Municipal Corporations», 17 *Or. L. Rev.* 289 (1937-1938), p. 293. Este autor señala otros pronunciamientos jurisprudenciales anteriores, dictados en los años 1632 y 1635, en los que ya se declaraba este tipo de responsabilidad.

<sup>227</sup>*Rex v. Inhabitantes Civitatis Norwichi*, 1 Stra. 177, 93 Eng. Rep. 458. Véase al respecto, Bernatt, James, «The Criminal Liability of ...», cit., p. 294.

En opinión de Brickey, aunque estos pronunciamientos jurisprudenciales eran frecuentes, no eran percibidos realmente como una consecuencia derivada de un auténtico procedimiento penal, sino como una forma de imponer el cumplimiento de determinadas obligaciones. Si recaía condena, la única sanción posible era la multa. Véase al respecto, Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History...», cit., p. 402.

<sup>228</sup>Algunos de estos casos son los siguientes: *The King v. Mayor of Stratford upon Avon*, 104 Eng. Rep. 636 (K.B. 1811); *The King v. Inhabitants of Clifton*, 101 Eng. Rep. 280 (K.B. 1794); *Rex v. Inhabitants of Great Broughton*, 98 Eng. Rep. 418 (K.B. 1771); *The King v. Mayor of Stratford upon Avon*, 104 Eng. Rep. 636 (K.B. 1811); *The King v. Mayor of Liverpool*, 102 Eng. Rep. 529 (K.B. 1802); *The King v. Inhabitants of the West Riding of Yorkshire*, 96 Eng. Rep. 401 (K.B. 1770); *Regina v. Inhabitants Com. Wilts*, 91 Eng. Rep. 313 (K.B. 1705); *The Queen v. Saintiff*, 87 Eng. Rep. 1002 (K.B. 1705); *The Queen v. Inhabitants of Cluworth*, 87 Eng. Rep. 920 (K.B. 1705). Véase al respecto, Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History...», cit., p. 401-402.

<sup>229</sup>Khanna, V.S., «Corporate Criminal Liability: What Purpose...», cit., p. 1481; Elkins, James R., «Corporations and the ...», cit., p. 88-89; también, Bernard, T.J., «The Historical Development of Corporate Criminal Liability», 22 *Criminology* 3 (1984), p. 6-7.

<sup>230</sup>Véase al respecto, Elkins, James R., «Corporations and the...», cit., p. 88-89.

En los Estados Unidos, como luego veremos, esa exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas privadas, en este concreto campo de los delitos de *nuisance*, fue algo más temprana. Este hecho ha sido atribuido por algún autor<sup>231</sup> a la circunstancia de que en la nueva nación estas entidades privadas asumieron responsabilidades en el mantenimiento de esas infraestructuras públicas a las que aludimos, antes que en Inglaterra, donde correspondió exclusivamente, durante mucho más tiempo, a las entidades públicas municipales, en el ámbito de sus respectivos territorios.

Pues bien, el primer pronunciamiento judicial importante de los Tribunales ingleses en los que se declaró penalmente responsable a una persona jurídica privada, fue el recaído en 1842, en el caso *Queen v. Birmingham & Gloucester Railway Co*<sup>232</sup>, donde una empresa ferroviaria fue condenada penalmente a pagar una multa por no cumplir la obligación que le había sido impuesta de retirar un puente que había construido sobre una carretera<sup>233</sup>; declarando el Tribunal en dicha resolución que la responsabilidad de las personas jurídicas debía ser, en la medida de lo posible, como la de las personas físicas<sup>234</sup>.

Esta responsabilidad penal de las personas jurídicas sólo podía derivar, en un primer momento, como fue el caso de esta sentencia, de determinadas omisiones que fueran constitutivas de *nuisance*; en definitiva, del no cumplimiento de ciertas obligaciones que correspondían a la propia persona jurídica, a la que el sistema reconocía ya como titular de derechos y deberes<sup>235</sup>.

Fue en una sentencia dictada en el año 1846, en el caso *The Queen v. Great North of England Railway*<sup>236</sup>, en la que un Tribunal inglés entendió por primera vez que no era posible distinguir entre acción y omisión, a los efectos de imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas en los supuestos de *public nuisance*<sup>237</sup>, confirmando así, en el caso de autos, la condena de la entidad, también una compañía ferroviaria. En esta ocasión, no se debió a una

---

<sup>231</sup>Bernard, T.J., «The Historical Development...», cit., p. p. 6-7.

<sup>232</sup>*Queen v. Birmingham & Gloucester Railway Co.*, 114 Eng. Rep. 492 (Q.B. 1842).

<sup>233</sup>Elkins, James R., «Corporations and the ...», cit., p. 88.

<sup>234</sup>Leigh, L. H., «The Criminal Liability of Corporations and Other Groups», 9 *Ottawa L. Rev.* 247 (1977), p. 249.

<sup>235</sup>Véase al respecto, Leigh, L. H., «The Criminal Liability of Corporations...», cit., p. 249.

<sup>236</sup>*The Queen v. Great North of England Railway* 115 Eng. Rep. 1294 (Q.B. 1846).

<sup>237</sup>Dijo el Tribunal: «as easy to charge one person or a body corporate with erecting a bar across a public road as with the non-repair of it; and they may' as well be compelled to pay a fine for the act as for the omission».

mera omisión, sino a un acto positivo, cual fue, obstaculizar una carretera al construir una vía ferroviaria<sup>238</sup>.

No se abandona sin embargo, en esta sentencia, la doctrina tradicional, según la cual, aquellos delitos que exigían algún elemento subjetivo *-criminal intent-* no podían ser cometidos por las personas jurídicas. De modo que no podían ser culpables, entre otros delitos, de los de traición, perjurio u otros contra las personas, o de naturaleza «inmoral», porque estos excedían de la capacidad de una persona jurídica<sup>239</sup>.

En realidad, la responsabilidad que se exige a la persona jurídica, aunque formalmente es una responsabilidad penal, que se exige tras la formulación de un *indictment*, esto es, de una acusación de esta naturaleza, está más próxima a una responsabilidad de naturaleza civil, cuya exigencia planteaba sin duda menores dificultades.

De hecho, es la aplicación en el ámbito penal de la doctrina civil de la responsabilidad vicarial, según la cual «el dueño del negocio» debía responder de los actos de sus empleados, la que permitió exigir a estas entidades responsabilidad penal no sólo, como hemos visto, por las omisiones, sino también por la acciones<sup>240</sup>.

La generalización de la responsabilidad penal de las personas jurídicas derivadas de delitos que exigen ese elemento subjetivo no se consagró jurisprudencialmente en Inglaterra hasta los primeros años del siglo XX, aunque no se consolidó plenamente hasta después de la Segunda Guerra Mundial<sup>241</sup>.

---

<sup>238</sup>Véase sobre el particular, Elkins, James R., «Corporations and the...», cit., p. 88; también Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History...», cit., p. p. 403-404; y Bernard, T.J., «The Historical Development of...», cit., p. p. 7-8.

El Tribunal, en esta sentencia, se hizo las siguientes preguntas, para mantener su declaración de que no era posible distinguir entre acción y omisión a estos efectos: Si A está autorizado para construir un puente con determinadas medidas de seguridad y lo construye sin ellas, ¿en qué consiste el delito?, ¿en la construcción de un puente "inseguro" o en el incumplimiento de las normas de seguridad que le eran exigibles?

<sup>239</sup>Declara el Tribunal: «That corporations could not be guilty of treason, felony, perjury, offenses against the person, or immorality... "They plainly derive their character from the *corrupted mind* of the person committing them, and are violations of the social duties that belong to men and subjects. A corporation, which, as such, has no such duties, cannot be guilty in these cases: but they may be guilty as a body corporate of commanding acts to be done to the nuisance of the community at large"». Véase sobre el particular, Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History...», cit., p. p. 403-404.

<sup>240</sup>Véase al respecto, Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History...», cit., p. p. 402-403.

<sup>241</sup>Elkins, James R., «Corporations and the ...», cit., p. 89.

Podemos concluir, por tanto, que hasta principios del siglo pasado, la responsabilidad penal que se exigía en este país a las personas jurídicas derivaba de los delitos que hemos denominado de *public nuisance*, esto es, delitos que habían causado daños de diversa índole al bien común que, por su propia naturaleza, no exigían probar que la entidad había actuado dolosa o imprudentemente, bastando con el incumplimiento de la norma, primero por omisión, y luego también por acción, lo que supuso sin duda una ampliación importante en la exigencia de este tipo de responsabilidad. Se trataba así de una responsabilidad objetiva, más próxima, como dijimos, a lo que desde nuestra perspectiva sería una responsabilidad de tipo civil, que como tal permitía salvar precisamente los dos primeros obstáculos a los que, según dijimos, se enfrentaba la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas<sup>242</sup>: cómo imputar actos y acciones a unas entidades que se consideraban, una ficción jurídica, meras abstracciones legales; y cómo se les podía exigir algún tipo de responsabilidad moral por tales acciones si como meras abstracciones, no tenían alma ni voluntad.

## **2. Las *corporations* en unos Estados Unidos independientes. La evolución de su posible responsabilidad penal hasta la sentencia *New York Central and Hudson R. Co. v. United States* (1909)**

### **2.1. La expansión de las *corporations* como forma de organización económica**

En el año 1800, diecisiete años después de su independencia, los Estados Unidos eran un país de granjeros constituido esencialmente por una serie de asentamientos dispersos, sobre todo a lo largo de la costa este<sup>243</sup>. Tenía una nueva Constitución, un nuevo sistema de Tribunales de Justicia<sup>244</sup> y un incipiente Derecho que comenzaba a desarrollarse a partir del modelo inglés.

Su economía se basaba en la agricultura y en una actividad comercial simple, con escasas necesidades de inversión y financiación, que se desarrollaba fundamentalmente a través de transacciones locales entre personas que producían determinados productos en sus casas y aquellas otras que o los compraban para sí, o con la idea de transportarlos a algún mercado para su venta<sup>245</sup>.

---

<sup>242</sup>Elkins, James R., «Corporations and the ...», cit., p. p. 88-89.

<sup>243</sup>Friedman, Lawrence M., *American Law in the Twentieth Century*, 1ª ed., 2002, p. 1.

<sup>244</sup>Friedman, Lawrence M., *American Law...*, cit., p.1.

<sup>245</sup>Blair, Margaret M., «Reforming Corporate Governance: What History Can Teach Us», 1 *Berkeley Bus. L.J.* 1 (2004), p. 5.



Las personas jurídicas, como forma de organización humana dedicada a la actividad económica, eran un fenómeno escaso; y respecto del que, incluso, existía cierta desconfianza<sup>246</sup>.

Durante el periodo colonial casi todas ellas habían sido iglesias, instituciones de caridad, o entidades municipales *-cities and boroughs-*; pocas habían tenido como objeto el desarrollo de una actividad mercantil<sup>247</sup>. Entre estas últimas, a su vez, la mayoría habían sido bancos, compañías de seguros y empresas dedicadas al desarrollo del transporte, al abastecimiento de agua o la lucha contra el fuego<sup>248</sup>; de manera que, en cierta medida, como en el caso de las primeras, también ejercían funciones públicas o cuasi-públicas destinadas a promover el interés general<sup>249</sup>, y no actividades mercantiles estrictamente privadas.

Ese lento desarrollo inicial de las personas jurídicas en el ámbito mercantil lo atribuye Brickey<sup>250</sup> a dos factores fundamentales. la desconfianza inicial con que las contemplaban los legisladores coloniales y la influencia en estos territorios de la *Buble Act* inglesa.

Con la llegada del siglo XIX, la situación comienza a cambiar y, cada año, comienzan a nacer nuevas entidades<sup>251</sup>. En un principio, la mayoría de ellas continúan relacionadas con el mundo de las finanzas y el transporte, pero poco a poco van surgiendo más con otros objetivos comerciales o industriales; de manera que, a mediados de siglo, se puede ya afirmar que la *corporation* es la forma de organización que domina el ejercicio de las actividades mercantiles en el nuevo Estado<sup>252</sup>.

Algunos autores conectan el éxito de esta forma de organización empresarial no sólo con las ventajas que la misma comportaba desde el punto de vista de su gestión, y la limitación

---

<sup>246</sup>Laufer, William S., *Corporate Bodies...*, cit., p. 9.

<sup>247</sup>De las 335 *corporations* que habían sido constituidas en el año 1800, solo siete lo habían sido durante el periodo colonial. El resto lo fueron entre 1796 y 1800. Véase al respecto, Friedman, Lawrence M., *History of American Law*, 3ª ed., 2005, p. p.129-130.

<sup>248</sup>Elkins, James R, «Corporations and the ...», cit., p. p. 88-89. En este mismo sentido, Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History...», cit., p. p. 404-405, que cifra, sin embargo, en 225 las entidades constituidas en el año 1800.

<sup>249</sup>Elkins, James R, «Corporations and the ...», cit., p. 90; Laufer, William S., *Corporate Bodies...*, cit., p. 9; en la misma línea, Friedman, Lawrence M., *History of...*, cit., p. 130, que indica que solo unas pocas de las entidades constituidas, entre la que señala la *New Jersey Society for Establishing Useful Manufacturing*, constituida en 1791, se dedicaba a actividades productivas ajenas a las mencionadas.

<sup>250</sup>Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History...», cit., p. 404.

<sup>251</sup>Friedman, Lawrence M., *History of...*, cit., p.130.

<sup>252</sup>Friedman, Lawrence M., *History of...*, cit., p.130.

de la responsabilidad de sus socios por las deudas que esta podía contraer, sino también con la concepción misma que del Estado se tiene desde un primer momento en la nueva nación.

Es el caso de R. Kent Newmyer<sup>253</sup> que, citando a Tocqueville, considera que la *corporation* encajaba perfectamente en el modelo de gobierno republicano. Este, en esos primeros momentos, no podía asumir la realización de muchas de las grandes empresas económicas que exigía el país, pero a la vez no quería que fueran asumidas exclusivamente por unos pocos, creando así una especie de élite privilegiada contraria al principio de igualdad republicana. Ante ello, la concesión de personalidad jurídica y de las facultades inherentes a la misma a grupos de individuos diversos, para el ejercicio de distintas actividades económicas, se consideró una buena solución.

En la misma línea, Oscar Handlin y Mari F. Hadlin<sup>254</sup>, para quienes la concepción democrática del Estado contribuyó más decididamente a la expansión de la *business corporation* que algunas de las principales «prerrogativas» que se les atribuían, entre ellas, especialmente, la responsabilidad limitada de sus miembros por las deudas sociales. Para estos autores, tales prerrogativas no fueron tan determinantes para su éxito como pudiera pensarse a primera vista, entre otras razones, porque tardaron en consolidarse definitivamente (de hecho, no lo estaban durante la expansión de estas entidades durante el siglo XIX) y, además, se hubieron podido alcanzar a través de otras formas de organización económica.

Durante este proceso de expansión, por otro lado, que tuvo lugar a lo largo del siglo XIX, y especialmente durante su segunda mitad, las formalidades para su constitución se van poco a poco facilitando y, en cierta medida, también democratizando, para que puedan acceder a ella el mayor número de personas. Así desde un sistema inicial, como ocurría en Inglaterra, donde cada entidad nacía de un acto concreto de la autoridad, de la que obtenía su correspondiente *charter of incorporation*, lo que en ocasiones era lento y complicado, se va pasando a otro sistema basado en las denominadas *general incorporation laws*, que son, sencillamente, normas aprobadas por los distintos Estados que establecen los requisitos que,

---

<sup>253</sup>Véase al respecto, Newmyer, Kent R., «Justice Joseph Story's Doctrine of "Public and Private Corporations" and the Rise of the American Business Corporation», 25 *De Paul L. Rev.* 825 (1976).

<sup>254</sup>Véase al respecto, Handlin, Oscar y Hadlin, Mari F., «Origins of American Business Corporation», 5 *Journal of Economic History* 1 (1945).

con carácter general, deben cumplirse por aquél o aquellos que quieran constituir una de estas entidades; no exigiéndose un acto concreto de la autoridad correspondiente<sup>255</sup>.

De esta manera se trató, por un lado, de eliminar cualquier arbitrariedad de los poderes públicos en la concesión de las autorizaciones correspondientes; y por otro, de evitar el reconocimiento indebido de monopolios o privilegios a favor de unos cuantos; riesgos que habían despertado críticas importantes contra estas formas de organización, especialmente, durante la primera mitad del siglo XIX<sup>256</sup>.

Las *corporations*, pues, comienzan a constituirse según las normas de cada Estado Federal, que, de ordinario, junto a esa norma general que establecía los requisitos que habrían de cumplirse en su territorio para dicha constitución, aprobaba también normas especiales para aquellas entidades dedicadas a ciertas actividades económicas, como las entidades financieras, las compañías de seguros o las empresas de transporte. Normas que permitieron, en cierta medida, comenzar a regular su actividad, estableciendo ya desde ese momento ciertos límites en su funcionamiento y poder económico<sup>257</sup>. Por el contrario, la intervención del Gobierno Federal era aún poco importante.

La persona jurídica mercantil moderna, dedicada a los negocios y a la empresa, que ha dominado claramente el siglo XX en los Estados Unidos como forma de organización empresarial, es producto precisamente del siglo XIX<sup>258</sup>, cuando las *corporations* dejan de considerarse un *especial privilege* para convertirse en una *general utility*<sup>259</sup>.

Si en el año 1800 se habían constituido unas 335 personas jurídicas privadas, en 1916, en los Estados Unidos, existían ya unas 341.000 entidades de este tipo<sup>260</sup>.

---

<sup>255</sup>Véase sobre el particular, Friedman, Lawrence M., *History of...*, cit., p. p. 130- 135.

<sup>256</sup>Véase sobre el particular, Friedman, Lawrence M., *History of...*, cit. p. p. 130- 135.

<sup>257</sup>Véase al respecto, Millon, David, «Theories of Corporation», *1990 Duke L.J.* 201 (1990), p. p. 205-211; Friedman, Lawrence M., *History of...*, cit., p. p. 130- 135. También, Friedman, Lawrence M., *American Law...*, cit., p. p. 50-51.

<sup>258</sup>Friedman, Lawrence M., *American Law...*, cit., p. 50.

<sup>259</sup>Clinard, Marshall B. y Yeager, Peter C., *Corporate Crime*, 2ª ed., 2006, p. 23.

<sup>260</sup>Friedman, Lawrence M., *American Law ...*, cit., p. 50; también, Berle, Adolf A. y Means, Gardiner C., *The Modern Corporation and Private Property*, 1ª ed., (1932), p. 11. Se señala por estos autores que de las 335 compañías que se habían constituido en el año 1800, doscientas diecinueve estaban relacionadas con carreteras, canales y puentes; treinta y seis se ocupaban de servicios relacionados con el agua y la extinción de incendios; mientras un número similar eran bancos y compañías de seguros, que comenzaban a constituirse como personas jurídicas. En ese momento, por otro lado, la *manufacture industry* aún era poco importante, de manera que solo seis *corporations* tenían este objeto social.

Veamos, seguidamente, cuál fue la evolución del sometimiento de las mismas al Derecho Penal durante todo el siglo XIX y principios del siglo XX, distinguiendo para ello entre las personas jurídicas públicas, especialmente las de naturaleza municipal, y las personas jurídicas privadas de naturaleza mercantil<sup>261</sup>.

## 2.2. El nacimiento de la responsabilidad penal. Las entidades municipales

Como hemos dicho, las primeras *corporations* surgidas en el siglo XIX en los Estados Unidos fueron entidades municipales públicas por lo que no es de extrañar que fuera, precisamente, en asuntos relacionados con estas entidades donde podemos encontrar, como ocurrió en Gran Bretaña, los primeros pronunciamientos jurisprudenciales sobre la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>262</sup>.

Tales pronunciamientos<sup>263</sup> fueron consecuencia de la formulación de acusaciones penales contra entidades municipales por los denominados delitos de *nuisance*<sup>264</sup>, esto es, delitos consistentes en la causación de daños a la Comunidad que, además, en este primer momento, debían tener su origen en meras omisiones –*nonfeasance*-. Esto es, en el incumplimiento por parte de estas entidades de ciertas obligaciones<sup>265</sup> de distinta naturaleza, relacionadas, por ejemplo, con la construcción o reparación de puentes o carreteras, o, en general, con el incumplimiento de otros deberes públicos, deberes que a su vez podían tener su

---

<sup>261</sup>Para una evolución sobre el derecho de sociedades en general, véase, Friedman, Lawrence M., *American Law...*, cit., p. p. 50-74.

<sup>262</sup>Laufer, William S., *Corporate Bodies...*, cit., p. 9; Elkins, James R., «Corporations and the ...», cit., p. p. 91-92; Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History...», cit., p. 405.

Cabe aclarar en este punto que, aun cuando como vamos a exponer, durante el siglo XIX, y hasta principios del siglo XX, la persecución penal de las entidades municipales fue frecuente, hay que tener en cuenta que durante ese mismo período de tiempo algunas de dichas entidades sufrieron importantes transformaciones en su estatus legal, pasando de ser asociaciones de ciudadanos relativamente independientes y que se dotaban de sus propias normas, a «mere subdivision» del Estado, sometidas a su control y regulación. Como consecuencia de este proceso de cambio, y entre otros aspectos, a mediados del siglo XIX, los Tribunales comenzaron a elaborar la doctrina, según la cual, cuando dichas entidades actuaran «in a governmental capacity» debían ser inmunes a cualquier acusación penal. Véase, Green, Stuart P., «The Criminal Prosecution...», cit., p. p. 1201-1203. También sobre la evolución de estas entidades y de su regulación, Friedman, Lawrence M., *History of...*, cit., p. p. 400-403.

<sup>263</sup>Entre otros, podríamos citar los siguientes: *Commonwealth v. Hancock Free Bridge Corp.*, 68 Mass. 58 (1854); *State v. Morris Canal & Banking Co.*, 22 N.J.L. 537 (1850); *President of Susquehanna & Bath Turnpike Rd. Co. v. People*, 15 Wend. 267 (N.Y. Sup. Ct. 1836); *People v. Corporation of Albany*, 11 Wend., 539 (N.Y. Sup. Ct. 1834); *State v. Corporation of Shelbyville*, 36 Tenn. 176 (1856). Véase sobre el particular, Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History...», cit., p. p. 405.

<sup>264</sup>Un delito de *public nuisance* es aquel que consiste en una injerencia irrazonable en el bien de la Comunidad, sea porque es peligroso para la salud, ofensivo según sus estándares de moralidad o porque constituye un obstáculo ilegal en el uso de la propiedad pública, pudiendo dar lugar a una demanda civil o a una acusación penal. Véase, Garner, Bryan A., *Black's Law Dictionary*, 9ª ed., 2009, p. 1172.

<sup>265</sup>Elkins, James R., «Corporations and the...», cit., p. 91; Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History...», cit., p. p. 405-406; Laufer, William S., *Corporate Bodies...*, cit., p. 11.

origen en el *common law* (esto es, ser de creación jurisprudencial) o estar previstos en alguna norma legal<sup>266</sup>. La finalidad primordial que se perseguía con la formulación de tales acusaciones era precisamente el cese inmediato de la injerencia que se estaba produciendo en el bien común<sup>267</sup>.

En uno de estos primeros casos<sup>268</sup>, *People v. Corporation of Albany* (1834)<sup>269</sup>, la ciudad de Albany fue acusada de no limpiar la cuenca del río Hudson, que se encontraba llena de todo tipo de desperdicios, incluido animales muertos; lo que había provocado la emisión de gases tóxicos y que el agua ya no fuera potable, con el consiguiente daño para la salud pública.

En contra de dicha acusación, los abogados de la ciudad alegaron que, como tal, no podía ser acusada penalmente, y que una responsabilidad de este tipo, derivada al parecer del incumplimiento de la obligación que la ciudad tenía de limpiar la cuenca, lo que también fue discutido, tenía que exigirse a las personas concretas que estaban obligadas a ello.

Respondiendo a esta alegación, el Tribunal Supremo de Nueva York mantuvo: «Es sabido que cuando una persona jurídica o un individuo están obligados a reparar una autopista o un río navegable, pueden ser acusados penalmente si incumplen esta obligación. Este es el único remedio que tiene el público para que ser resarcido por los daños causados. Si un individuo sufre un daño concreto, puede resarcirse de la pérdida, ejerciendo la acción correspondiente»<sup>270</sup>.

En opinión de Brickey<sup>271</sup>, el lenguaje utilizado por el Tribunal de Nueva York pone de manifiesto dos cuestiones que merecen ser destacadas: la primera, que en el año en el que se dicta la sentencia, 1834, el propio Tribunal reconoce como algo aceptado que estas entidades

---

<sup>266</sup>Green, Stuart P., «The Criminal Prosecution...», cit., p. p. 1204- 1205. Este autor cita como una de las primeras sentencias al respecto, la dictada en el caso *Commonwealth v. Inhabitants of Dedham*, 16 Mas. 141 (1814) en la que una ciudad –town- fue condenada por no cumplir con ciertas obligaciones impuesta por una ley del Estado de Massachussets, respecto a determinadas condiciones que debía cumplir el personal de las escuelas de la ciudad.

<sup>267</sup>Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History...», cit., p. 406.

<sup>268</sup>Véase, Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History...», cit., p. 406; Elkins, James R., «Corporations and the ...», cit., p. 91.

<sup>269</sup>*People v. Corporation of Albany*, 11 Wend. 539 (N.Y. Sup. Ct. 1834).

<sup>270</sup>Literalmente dijo el Tribunal: «It is well settled that when a corporation or an individual are [sic] bound to repair a public highway or navigable river, they are liable to indictment for the neglect of their duty. An indictment and an information are the only remedies to which the public can resort for a redress of their grievances in this respect. If an individual has suffered a particular injury, he may recover his loss by an action on the case».

<sup>271</sup>Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History...», cit., p. 406.

pueden ser penalmente responsables por los incumplimientos a los que hemos aludido; la segunda, que lo importante es la naturaleza pública del daño y la necesidad de que exista un remedio efectivo para repararlo.

Algunos años más tarde, de forma paralela a lo que ocurrió respecto a las personas jurídicas privadas desde mediados del siglo XIX<sup>272</sup>, estas entidades municipales públicas responderán penalmente no solo por omisiones del tipo de las reseñadas, sino también por acciones positivas –*misfeasance*-. Pero al igual que ocurría con las personas jurídicas privadas, durante todo el siglo XIX y principios del siglo XX, se mantuvieron por lo general inmunes a cualquier tipo de responsabilidad derivada de delitos que exigiera la concurrencia de algún elemento subjetivo, el conocido como *mens rea*.

No obstante, como se deriva de lo expuesto, la responsabilidad que se exigía a estas entidades municipales por los delitos de *public nuisance* era una responsabilidad de naturaleza penal, que derivaba de la formulación contra ellas de una acusación de esta naturaleza y suponía su sometimiento a un procedimiento penal, donde gozaban de las garantías procesales que entonces se les reconocía a las personas físicas<sup>273</sup>. Si finalmente eran declaradas culpables, se les solía imponer una multa, que podía oscilar entre los 10 dólares, que en el año 1844 se le impusieron a la ciudad de Barksdale por no reparar las calles de la ciudad<sup>274</sup>, hasta los 1.000 dólares que, en el año 1856, tuvo que pagar la ciudad de Bangor por no reparar un puente<sup>275</sup>.

### **2.3. Personas jurídicas privadas. *Business Corporations***

Como ya hemos indicado, las primeras personas jurídicas privadas dedicadas a la actividad económica tenían por objeto realizar funciones muy próximas a aquellas que correspondían a las entidades municipales públicas, y por tanto los Tribunales no tuvieron mayores dificultades en extender a ellas los razonamientos que estaban empleando respecto de estas últimas<sup>276</sup>. Efectivamente, la naturaleza *cuasi* pública de las actividades que estas desarrollaban, relacionadas principalmente con la construcción de puentes, canales o

---

<sup>272</sup>*State v. Morris & Essex Railroad Co.*, 23 N.J.L 360 (1852).

<sup>273</sup>Green, Stuart P., «The Criminal Prosecution...», cit., p. p. 1204-1205.

<sup>274</sup>*State v. Barksdale*, 24 Tenn. (5 Hum) 154 (1844).

<sup>275</sup>*State v. City of Bangor*, 41 Me. 533 (1856). Véase al respecto, Green, Stuart P., «The Criminal Prosecution...», cit., p. p. 1206-1207.

<sup>276</sup>Elkins, James R., «Corporations and the...», cit., p. 92.

carreteras<sup>277</sup>, permitió que, a partir del año 1820, algunas de ellas fueran condenadas penalmente, de forma análoga a lo que estaba ocurriendo con las entidades municipales públicas y por los mismos delitos<sup>278</sup>.

En 1836, en un supuesto relacionado con una compañía privada encargada de la construcción de una autopista de peaje, que había sido acusada y condenada por no reparar debidamente la citada vía<sup>279</sup>, el Tribunal del Estado de Nueva York encargado del caso declararía expresamente que no había duda alguna de que la citada compañía estaba sujeta a responsabilidad penal<sup>280</sup>.

Precisamente, en este ámbito de la construcción y mantenimiento de las vías de peaje, también el legislador, además de los jueces, dio algún paso temprano para declarar penalmente responsable a las *corporations*, por los daños que pudieran derivarse del incumplimiento por su parte de determinadas obligaciones. Fue el caso de la *General Turnpike Act* de 1804 del Estado de Massachussets, que declaró penalmente responsables a las entidades, cuyo objeto fuera el expuesto, por los daños que pudieran derivarse a cualquier persona como consecuencia de defectos en los puentes o en las reparaciones de las vías; declarando además que podrían ser sometidas a una investigación ante el Gran Jurado por no conservar dichas vías en buen estado<sup>281</sup>.

Como en el caso de las entidades públicas municipales, la responsabilidad penal exigible a estas personas jurídicas privadas podía sólo basarse inicialmente en una mera omisión, en el mero incumplimiento de las obligaciones que como tales les correspondían, ya se tratara de obligaciones derivadas del *common law* o ya impuestas por las leyes<sup>282</sup>.

---

<sup>277</sup>Salvo el sistema de correos, la mayoría de los transportes, las comunicaciones y las infraestructuras que se desarrollaron durante las seis primeras décadas del siglo XIX en los Estados Unidos, no fueron financiados o dirigidos por los gobiernos estatales o federales, sino por el sector privado. Véase sobre el particular, Blair, Margaret M., «Reforming Corporate...», cit., p. 5.

<sup>278</sup>Elkins, James R., «Corporations and the...», cit., p. 93.

<sup>279</sup>*Susquehannah & Bath Turnpike Co. v. people*, 15 Wend. 267 (N.Y.1836).

<sup>280</sup>Expresamente, el Tribunal correspondiente del Estado de Nueva York señaló: «No room for doubt that the company was liable to be proceed against by indictment».

<sup>281</sup>El Gran Jurado es una institución consagrada en la Constitución de los Estados Unidos, aunque no vinculante para los Estados, según ha entendido el Tribunal Supremo Federal, cuya función primordial es decidir, en los casos de delitos castigados con más de un año de prisión, si la acusación pretendida por el Ministerio Fiscal tiene base suficiente para someter a una persona a juicio. Para ello puede investigar los hechos que a esta persona se le imputan. Esta investigación tiene unas características muy determinadas.

<sup>282</sup>En el Estado de Virginia Occidental se publicó una ley, según la cual las compañías ferroviarias podían ser acusadas penalmente si permitían que sus trenes funcionaran el domingo, día consagrado al descanso y cuya

En 1841, en la sentencia dictada en el caso *State v. Great Works Milling & Manufacturing Co.*<sup>283</sup>, un tribunal revocó la acusación formulada contra una persona jurídica por un delito constitutivo de *public nuisance*, derivado del levantamiento de una presa en el río Penosbscot, entendiendo que aún cuando podía ser responsable penalmente por el incumplimiento de sus obligaciones legales, no podía serlo por cometer un delito que consistiese en un acto positivo. Sin duda, la idea que subyacía en esta conclusión era que las personas jurídicas, como tales, no podían físicamente actuar, no tenía capacidad de acción y, por tanto, no podían ser castigadas por ello.

A mediados de siglo XIX, sin embargo, esta distinción entre acción y omisión, a efectos de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas en el ámbito de las *public nuisance*, comienza a cuestionarse, dictándose sobre el particular dos sentencias muy importantes<sup>284</sup>.

La primera por el Tribunal Supremo del Estado de New Jersey, en 1852, en el caso *State v. Morris & Essex Railroad Co.*<sup>285</sup>, en el que una compañía ferroviaria había sido acusada por construir un edificio, cerca de una autopista, dificultando el tráfico en ella. El tribunal, confrontando dos decisiones judiciales: la dictada en 1841 en el caso ya citado, *State v. Great Works Milling & Manufacturing Co.*<sup>286</sup>; y la dictada apenas seis años antes por un tribunal inglés en el caso, también ya citado, *The Queen v. Great North of England Railway*<sup>287</sup>. Y concluye, como en esta última sentencia, que también debe exigirse responsabilidad penal a las personas jurídicas cuando realicen una acción que constituya un delito de *public nuisance*<sup>288</sup>.

Sobre este extremo, son varias las declaraciones que dicho Tribunal realiza en esta sentencia y que merecen ser destacadas<sup>289</sup>: la primera, que una vez que se ha admitido que las personas jurídicas pueden ser penalmente responsable por omisiones -*nonfeasance*-, salvando así las objeciones que suelen plantearse para exigir, con carácter general, responsabilidad

---

perturbación se consideraba a *public nuisance*. Para ello, era preciso que se acreditase que se trataba de una actividad habitual. Véase sobre el particular, Hamilton, Adelbert, «Indictment of ...», cit., p. 328.

<sup>283</sup>*State v. Great Works Milling & Manufacturing Co.*, 20 Me. 41 (1841).

<sup>284</sup>Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History...», cit., p. 407.

<sup>285</sup>*State v. Morris & Essex Railroad Co.*, 23 N.J.L. 360 (1852).

<sup>286</sup>*State v. Great Works Milling & Manufacturing Co.* 20 Me. 41 (1841).

<sup>287</sup>*The Queen v. Great North of England Railway*, 115 Eng. Rep. 1294 (Q.B. 1846).

<sup>288</sup>Elkins, James R., «Corporations and the...», cit., p. 94.

<sup>289</sup>Véase sobre el particular, Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History...», cit., p. 407-409; Elkins, James R., «Corporations and the...», cit., p. 93-95.



penal<sup>290</sup>, carece de sentido mantener la distinción entre acciones y omisiones, pues dichas objeciones serían predicables igualmente de unas y otras; la segunda, que si bien es cierto que una persona jurídica no puede actuar por sí misma, sí puede hacerlo a través de «las manos de otros»<sup>291</sup>; y la tercera, que si en vía civil ya se estaba imponiendo a las personas jurídicas responsabilidad por los actos dañinos cometidos por sus empleados, no había razón alguna para afirmar que esos mismos actos no dieran lugar a responsabilidad de naturaleza penal.

Dos declaraciones más se hacen en esta sentencia que son importantes, y ello al contestar a dos alegaciones que habían sido planteadas por la defensa de la entidad contra la condena<sup>292</sup>. Por un lado, el tribunal descarta expresamente la aplicación, pretendida por la defensa, de la doctrina *ultra vires*, según la cual sólo son actos de la persona jurídica aquellos que estén autorizados por su acto de constitución. Para el Tribunal, la aplicación de dicha doctrina conduciría a negar, por la misma razón, la responsabilidad de naturaleza civil, lo que, sería, según se declara, no sólo injusto, sino claramente contrario a los principios establecidos.

Por otro lado, el Tribunal considera justificado el castigo de la entidad misma, al margen del que en su caso podría corresponder a las personas concretas que realizaron el acto ilícito en cuestión. Según el Tribunal, la persona jurídica ha instigado y se ha beneficiado del hecho, y es muy probable que las personas concretas que lo realizaron o no puedan ser identificadas, o sean económicamente insolventes. Además -y este sería un argumento que podríamos considerar como de naturaleza más procesal-, para el Tribunal lo que se pretende fundamentalmente con estas acusaciones penales es poner fin al daño o la perturbación que se está produciendo, para lo que es necesario condenar a la persona jurídica a realizar aquello que sea preciso a estos efectos; y para conseguirlo, será necesario que dicha persona jurídica sea parte en el procedimiento y que tenga en él la posibilidad de defenderse. Si ello no fuera así, en ningún caso podría imponérsele la ejecución del fallo, que en el caso estudiado en esta sentencia incluía la demolición del puente en cuestión<sup>293</sup>.

---

<sup>290</sup>El Tribunal señala entre ellas su intangibilidad y, por tanto, su imposibilidad de ser arrestadas, o de comparecer ante un Tribunal, o de ser enviadas a prisión; además de la injusticia que supondría esta condena penal para los «inocentes accionistas».

<sup>291</sup>«If a corporation has itself no hands with which to strike, it may employ the hands of others».

<sup>292</sup>Véase sobre el particular, Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History...», cit., p. p. 407-409.

<sup>293</sup>Véase sobre el particular Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History...», cit., p. p. 407-409.

Esta nueva línea jurisprudencial favorable a imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas por actos que constituyeran *public nuisance*, y sin distinguir entre si su origen era una acción o una omisión, se consolida dos años más tarde en la sentencia dictada en el caso *Commonwealth v. New Bedford Bridge*<sup>294</sup>. En este caso, la acusación se basaba en la construcción de un puente sobre un río que obstaculizaba la navegación, causando con ello una *public nuisance*; y, de nuevo<sup>295</sup>, se rechaza la distinción entre acción y omisión a los efectos de imputar a la persona jurídica responsabilidad por esta última clase de delitos.

La superación de la distinción entre la mera omisión y la acción como origen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito de las *public nuisance*, abrió la puerta para que el legislador pudiera declarar penalmente responsable a las personas jurídicas por otras infracciones, aún cuando estas no constituyeran estrictamente un delito de *public nuisance*<sup>296</sup>. Precisamente el legislador crea estas infracciones porque cada vez está más preocupado por el papel que estas entidades comienzan a jugar en la economía; y lo hace no tanto, como en el caso de las *public nuisance*, para poner fin a la perturbación, daño o molestia, que se estaba produciendo a la Comunidad, sino para prevenir que pudieran producirse<sup>297</sup>, esto es, que pudiera ser dañado el interés público. Son las denominadas *public welfare offenses*, dirigidas fundamentalmente a proteger bienes jurídicos generales, como la salud o la seguridad pública<sup>298</sup>.

En cualquier caso, como en las *public nuisance*, aún nos movemos en un ámbito de responsabilidad claramente objetiva<sup>299</sup>. La imputación a la persona jurídica de estas infracciones

---

<sup>294</sup>*Commonwealth v. New Bedford Bridge*, 68 Mass. 339 (1854).

<sup>295</sup>Véase sobre el particular, Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History...», cit., p. 409-410; Elkins, James R., «Corporations and the ...», cit., p. p. 95-96.

<sup>296</sup>En este sentido, Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History...», cit., p. 410; Elkins, James R., «Corporations and the ...», cit., p. p. 95-96; Laufer, William S., *Corporate Bodies ...*, cit., p. 9.

<sup>297</sup>Elkins, James R., «Corporations and the ...», cit., p. p. 95-96; Walsh, Charles J. y Pyrich, Alissa, «Corporate Compliance as a Defense to Criminal Liability: Can a Corporation Save its Soul?», *47 Rutgers Law Review*, 605 (1995), p. p. 614-615.

<sup>298</sup>Walsh, Charles J. y Pyrich, Alissa, «Corporate Compliance as a Defense...», cit., p. 614; Elkins, James R., «Corporations and the ...», cit., p. p. 97-98.

<sup>299</sup>La conformidad con la Constitución Federal de los delitos para los que no se exige ningún elemento subjetivo - *strict liability*- ha sido confirmada por el Tribunal Supremo Federal en varias sentencias, en las que la persona condenada por esta clase de infracciones alegaba, esencialmente, que dicha condena, especialmente en supuestos de condena a penas de prisión, violaba su derecho al proceso debido. Entre las primeras, la dictada en el caso *Shevlin-Carpenter Co. v. State of Minn.*, 218 U.S. 57 (1910), donde la condena impugnada se había impuesto con base en una ley del Estado de Minnesota que castigaba penalmente a cualquier persona, incluidas expresamente las jurídicas -*any person, firm, or corporation*- que, sin los debidos permisos, utilizara o se llevara, entre otros efectos, la madera de los árboles de una propiedad estatal. La pena por estas infracciones, que iba desde la multa, a una pena de prisión de hasta dos años, podía ser más o menos grave en función de que el hecho se hubiera cometido o no intencionadamente, pero podía imponerse aún cuando no hubiera existido ningún tipo de intención o

penales es ajena a cualquier noción de culpabilidad, por lo que la misma no plantea especiales dificultades. Continuamos, como hemos dicho, en el ámbito de la responsabilidad objetiva, donde la finalidad de la norma es sencillamente proteger el bien común<sup>300</sup>.

La atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas por delitos que exigieran la concurrencia de algún subjetivo planteaba todavía serias dificultades, derivadas, fundamentalmente, de una determinada concepción de la persona jurídica proveniente del *common law*, aún fuertemente arraigada<sup>301</sup>, y basada en dos ideas esenciales: las personas jurídicas son meros entes creados por el Derecho; en consecuencia y, en segundo lugar, solo le son imputables aquellos actos que estén autorizadas a realizar según su acto de constitución.

Efectivamente, durante gran parte del siglo XIX, la doctrina y la Jurisprudencia norteamericana, como había pasado con la británica, estuvieran dominadas, respecto a la naturaleza de las personas jurídicas, por la teoría de la ficción<sup>302</sup>. Y si estas, conforme a dicha concepción, eran entidades creadas por el Derecho, sólo podían hacer aquello que les permitía el acto de la autoridad por el que habían sido creadas. Por tanto, todas aquellas actuaciones realizadas fuera de estos márgenes, eran actos realizados *ultra vires* que, como tales, no eran imputables a la persona jurídica, sino solo y exclusivamente a la persona física que lo hubiera realizado. Aquéllas, a diferencia de esta, no tenía derechos y facultades inherentes a las

---

de actitud negligente, y por tanto, se hubiera producido de una manera meramente casual o involuntaria. A esta sentencia se refiere una posterior, la dictada también por el Tribunal Supremo Federal, en 1922, en el caso *U. S. v. Balint*, 258 U.S. 250 (1922), donde se impugnaba una condena, basada esta vez en una ley federal, según la cual la venta de ciertas drogas sin los permisos correspondientes constituía un delito, al margen, de nuevo, de cualquier elemento subjetivo. Dice el Tribunal en esta sentencia: «It has been objected that punishment of a person for an act in violation of law when ignorant of the facts making it so, is an absence of due process of law. But that objection is considered and overruled in *Shevlin-Carpenter Co. v. Minnesota*, 218 U.S. 57, 69, 70 S., 30 Sup. Ct. 663, 666 (54 L. Ed. 930), in which it was held that in the prohibition or punishment of particular acts, the state may in the maintenance of a public policy provide 'that he who shall do them at his peril and will not be heard to plead in defense good faith or ignorance.' Many instances of this are to be found in regulatory measures in the exercise of what is called the police power where the emphasis of the statute is evidently upon achievement of some social betterment rather than the punishment of the crimes as in cases of *mala in se*».

Este tipo de infracciones penales, basadas en una responsabilidad objetiva, forman parte de los tradicionalmente conocidos como delitos *mala prohibita*, esto es, delitos que son tales porque así lo ha querido el legislador; lo que los distingue de los conocidos como delitos *mala in se*, que son aquellos en los que se castiga un acto que ya es por sí inmorale, como sería un asesinato o una violación. En general sobre esta clase de delitos, véase LaFave, Waite R., *Criminal Law*, cit., p. p. 288-298; Dressler, Josua, *Understanding Criminal Law*, 7ª ed., 2012, p. p. 145-151 y Emanuel, Steven L., *Criminal Law*, 7ª ed., 2010, p. p. 31-34.

<sup>300</sup>Walsh, Charles J. y Pyrich, Alissa, «Corporate Compliance as a Defense...», cit., p. 615.

<sup>301</sup>Véase sobre el particular, Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History...», cit., p. p. 411-412.

<sup>302</sup>Horwitz, Morton J., «Santa Clara Revisited: The Development...», cit., p. 181; también, Harris Ron, «The Transplantation of the Legal Discourse on Corporate...», cit., p. 1466.

mismas. Creadas por el Derecho sólo tenían las facultades que el Estado les había conferido, y por ello los actos realizados fuera de este ámbito eran nulos<sup>303</sup>.

En el año 1804, en la sentencia dictada en el caso *Head & Armory v. Providence Insurance Co.*<sup>304</sup>, el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos enunciaba por primera vez los principios fundamentales de esta doctrina de los actos *ultra vires*<sup>305</sup>, que estaría presente en los Tribunales de este país especialmente hasta el comienzo de la Guerra Civil<sup>306</sup>; siendo el ámbito contractual el último bastión en el que permanecería. Declaraba el Tribunal Supremo en esta resolución, en la que se discutía si un contrato había sido o no rescindido en forma por una persona jurídica, y oponiendo la capacidad natural de estas últimas a la de una persona física, lo siguiente<sup>307</sup>: «Aquel que autoriza a otro a hacer un escrito por él, lo hace él mismo; pero con estas entidades, que tienen sólo existencia legal, esto es de otra manera. El acto de constitución es el que las faculta para actuar, le da todos los poderes que poseen, les permite contratar y cuando para ello prescriba una forma determinada, tendrán que observarla, o no existirá contrato alguno, será entonces como si la entidad no tuviera personalidad»<sup>308</sup>; añadiendo que «es una regla general que una persona jurídica sólo puede actuar en la manera establecida por el Derecho»<sup>309</sup>. Por tanto, concluyó el Tribunal, «aquel acto que no cumpla los requisitos establecidos en la ley, no puede ser considerado un acto de la entidad»<sup>310</sup>.

Años más tarde, concretamente, en 1819, el mismo Tribunal, en la sentencia dictada en caso *Dartmouth College v. Woodward*<sup>311</sup>, se referiría a las personas jurídicas como unos seres artificiales, invisibles e intangibles, que existían sólo para el Derecho, y que poseían sólo

---

<sup>303</sup>Véase al respecto, Reese, Reuben A., *The True Doctrine of Ultra Vires in the Law of Corporations*, 1ª ed., 1897, p. 29.

<sup>304</sup>*Head & Armory v. Providence Insurance Co.*, 122 Cranch 127, 2 L. Ed. 229 (1804).

<sup>305</sup>Reese, Reuben A., *The True Doctrine of Ultra...*, cit., p. 80; Colson, Clyde L., «The Doctrine of *Ultra Vires* in United States Courts Decisions», 42 W. Va. L. Q. 179 (1936), p.185.

<sup>306</sup>Horwitz, Morton J., «Santa Clara Revisited: The Development...», cit., p. p. 186-187.

<sup>307</sup>Véase al respecto, Colson, Clyde L., «The Doctrine of *Ultra Vires* ...», cit., p. p. 185-186.

<sup>308</sup>Dice literalmente la sentencia: «He who authorizes another to make a writing for him, makes it himself; but with these bodies which have only a legal existence, it is otherwise. The act of incorporation is to them an enabling act; it gives them all the power they possess; it enables them to contract, and when it prescribes to them a mode of contracting, they must observe that mode, or the instrument no more creates a contract than if the body had never been incorporated».

<sup>309</sup>Declaró la sentencia: «It is a general rule that a corporation can only act in the manner prescribed by law».

<sup>310</sup>«An act not performed according to the requisites of the law cannot be considered as the act of the company».

<sup>311</sup>*Dartmouth Collage v. Woodward*, 17 U.S. 519 (1819).

aquellas propiedades que se le confirieron en su constitución o que precisaban para el ejercicio de su existencia<sup>312</sup>.

Resulta evidente que esta manera de entender el ser de las personas jurídicas dificultaba enormemente la exigencia de la responsabilidad penal a las mismas. Si no tenían ni «personalidad» ni «voluntad» propia, no se les podía imputar el necesario *state of mind* exigido por las infracciones penales que excedieran de una responsabilidad meramente objetiva<sup>313</sup>.

Sin embargo, y simultáneamente, su importancia en la vida económica no paraba de crecer. De hecho, como dijimos, fue imparable durante todo el siglo XIX.

Efectivamente, el desarrollo económico que experimenta los Estados Unidos durante todo el siglo XIX, y especialmente durante su segunda mitad, es espectacular. El tamaño de las empresas comienza a crecer sin parar, sobre todo desde los años 1880 a 1890<sup>314</sup>. Las pequeñas empresas de ferrocarriles se convierten en grandes redes, con lo que ello significa para el desarrollo del transporte de mercancías; y comienzan a aparecer grandes empresas como *Standar Oil* o *United States Steel*, que se extienden por todo el país.

El Derecho comienza a mirar a estas grandes corporaciones con preocupación y comienza a preguntarse, en primer lugar, cómo se deben dirigir las mismas o cuáles han de ser las obligaciones de las personas que las dirigen -*directors, promoters, officers*-<sup>315</sup>, optando en un primer momento, el legislador estatal, que es el primero en afrontar este problema, por una política de *laissez-faire* respecto al funcionamiento interno de estas nuevas entidades, y centrándose en la regulación del ejercicio de algunas de las actividades que ejercían, fundamentalmente las relacionadas con el transporte por ferrocarril, los seguros o la producción y venta de alimentos<sup>316</sup>.

Pero también, y paralelamente, el poder público, ante factores tales como la creciente importancia económica de estas nuevas empresas, especialmente el de las grandes compañías

---

<sup>312</sup>El Tribunal afirmó: «A corporation is an artificial being, invisible, intangible, and existing only in contemplation of law. Being the mere creature of law, it possesses only those properties which the charter of its creation confers upon it either expressly or as incidental to its very existence...».

<sup>313</sup>Véase al respecto, Hager, Mark M., «Bodies Politic: The Progressive History...», cit., p. p. 586-587.

<sup>314</sup> Véase al respecto, Friedman, Lawrence M., *American Law...*, cit., p. p. 45-48.

<sup>315</sup>Friedman, Lawrence M., *American Law...*, cit., p. 52.

<sup>316</sup>Friedman, Lawrence M., *American Law...*, cit., p. p. 52-53. En el mismo sentido, Walsh, Charles J. y Pyrich, Alissa, «Corporate Compliance as a Defense...», cit., p. p. 613-614.

ferroviarias interestatales, el aumento considerable del tamaño de algunas de ellas y la separación entre las personas físicas que detentan la propiedad de la persona jurídica y aquellas que ejercen su control, sienta la necesidad de proteger a la sociedad frente a los daños que puedan causar, y entiende además, que dicha protección puede también ejercerse a través del Derecho Penal, más eficaz que la vía civil; sobre todo en supuestos en los que podía ser difícil identificar a la persona concretamente responsable o esta podía ser insolvente<sup>317</sup>.

En 1890, el Gobierno federal aprueba la conocida como *Sherman Antitrust Act*, destinada a perseguir penalmente determinados comportamiento monopolísticos, y en la que se establecían multitud de prohibiciones y sanciones civiles y penales aplicables expresamente a las personas jurídicas<sup>318</sup>; dando lugar a que se formularan numerosas acusaciones penales contra *corporations* en sectores como el del azúcar, el del acero o el del tabaco<sup>319</sup>.

La *Elkins Act*, también con alcance Federal, sería aprobada en el año 1903, declarando ilegal que las compañías ferroviarias dedicadas al transporte de mercancías ofrecieran determinadas descuentos a sus clientes, imponiendo multas tanto a ellas, como a los clientes que los aceptaran<sup>320</sup>.

Pronto esta sensación generalizada de que era preciso proteger a la sociedad frente al daño que pudiera derivarse de las actuaciones de estas nuevas compañías se traslada también a Tribunales; y estos comienzan poco a poco a no sentirse vinculados por las limitaciones derivadas de las doctrinas tradicionales, cuando ello era necesario para atender a algún interés digno de protección. Como consecuencia, y como dijimos en su momento, el debate sobre la naturaleza de las personas jurídicas comienza a debilitarse.

Los Tribunales, escribía William W. Cook en 1894 en su tratado sobre Derecho de Sociedades -concretamente respecto a la aplicación de la doctrina *ultra vires*- son cada vez más liberales, y muchos actos que hace 50 años hubieran sido calificados como *ultra vires* lo son ahora *intra vires*. Los Tribunales, continuaba este autor, han ido poco a poco ampliando las

---

<sup>317</sup>En este sentido, Khanna, V.S., «Corporate Criminal Liability: What Purpose...», cit., p. 1487; Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History...», cit., p. 415-418. También en esta línea, véase, Laufer, William S., *Corporate Bodies and Guilty...*, cit., p. 10-11.

<sup>318</sup>Brickey, Kathleen F. *Corporate and White Collar ...*, cit., p. 1.

<sup>319</sup>Laufer, William S., *Corporate Bodies and Guilty...*, cit., p. 13.

<sup>320</sup>Friedman, Lawrence M., *American Law...*, cit., p. 53.

facultades de las personas jurídicas, que ahora pueden hacer casi lo mismo que pueden hacer las personas físicas, siempre que sus accionistas y acreedores no se opongan<sup>321</sup>.

Esta «liberalización» llegaría también a la aplicación del Derecho Penal y a medida que las personas jurídicas van adquiriendo en la economía ese papel que hemos señalado, los órganos judiciales van a ir venciendo obstáculos y dictando sentencias en las que se imputa responsabilidad penal a las *corporations* por delitos cometidos por sus *officers, directors and employees*<sup>322</sup>, en los que sí es necesaria la concurrencia del *mens rea*, esto es, del elemento subjetivo<sup>323</sup>.

Cuando estos *officers, directors and employees* actúan en nombre de la persona jurídica, sus motivos y sus intenciones, como sus acciones, se imputan a esta<sup>324</sup>, permitiendo así su condena penal independientemente de la que pudiera corresponder a aquellos. Se consolida en la Jurisprudencia penal la doctrina del *respondeat superior*, nacida en el ámbito civil.

Conforme a esta doctrina, nacida, como hemos dicho, en el ámbito de la responsabilidad civil, las personas jurídicas debían ser responsables por los actos realizados por sus empleados, como lo era el dueño de cualquier negocio. A estos efectos la persona jurídica es ese «dueño del negocio», ese *master*. El fundamento de la responsabilidad de este último, por aquellos actos cometidos por sus empleados, no es otro que el principio general de que

---

<sup>321</sup>Véase al respecto, Horwitz, Morton J., «Santa Clara Revisited: The...», cit., p. 187.

<sup>322</sup>Algún autor también ha destacado cómo los Fiscales de algunos Estados fueron desde un principio claramente partidarios de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas, aún a falta de una norma expresa en el caso concreto. Véase al respecto, Diskant, Edward B., «Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring the Uniquely American Doctrine through Comparative Criminal Procedure», *118 Yale L. J.*, 126 (2008), p. p. 136-137.

<sup>323</sup>Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History...», cit., p. p. 412-413; Elkins, James R., «Corporations and the ...», cit., p. 96, que sitúa las primeras sentencias sobre el particular a partir del año 1875.

Para Brickey, este elemento subjetivo al que hemos hecho referencia se concretó en un primer momento en el denominado *general intent*. En el mismo sentido, Newman, David y Weissmann, Andrew, «Rethinking Criminal...», cit., p. 420, para quienes en estos casos la acción en sí misma podría probar el elementos subjetivo.

La jurisprudencia de los tribunales estadounidenses, tradicionalmente, ha dividido los delitos para cuya comisión se exige el elemento del *mens rea*, en dos grupos: los delitos que exigen sencillamente este *general intent*, esto es, los delitos en los que basta con que el autor quiera cometer el *actus reus* –acción típica–; y los delitos que exigen el denominado *specific intent* o *special intent*, esto es, delitos en los que el autor además de querer cometer el hecho, debe desear «algo más». Por ejemplo, en el delito de *burglary*, es preciso que su autor pretenda, además de entrar en morada ajena, cometer en ella algún delito. Esta distinción está hoy en discusión, y algunos tribunales, siguiendo el modelo de *Model Penal Code*, no la consideran vigente. Este *Model Penal Code*, que es un propuesta no vinculante de Código Penal, publicada en 1962 por el *American Law Institute*, establece que cuando la ley no especifique nada sobre el particular, el sujeto será culpable cuando actúe *purposely, knowingly, or recklessly*. A estos tres supuestos algunas leyes añaden el de *negligently*. Estos términos abarcarían nuestros conceptos de dolo, directo y eventual e imprudencia, grave y leve. Todos ellos se contraponen a los supuestos de *strict liability*. Véase sobre el particular, Emanuel, Steven L., *Criminal Law*, cit., p. p. 22-34.

<sup>324</sup>Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History...», cit., p. p. 412-413.

todos los individuos deben conducir sus propios asuntos o negocios de manera que no causen daño a otros, y si lo hacen, por ellos mismos o a través de sus empleados, deberán responder por ello. En definitiva, y como decía Frederick Pollock, el dueño del negocio responde por el daño causado por sus empleados, no porque los haya autorizado expresamente o porque estos últimos le representen, sino porque se trata de actos realizados en el ejercicio de su negocios y está obligado a que se respete la seguridad de los demás<sup>325</sup>.

Pues bien en la nueva economía del momento, los nuevos dueños de los negocios son estas personas jurídicas y si es así, defendía Laski, y en el mundo de los negocios actúan como los hacen las personas físicas, a través de sus agentes y empleados, es razonable que respondan por los actos que estos últimos realizan<sup>326</sup>. La consideración de las personas jurídicas como entes ficticios resulta por ello, para este autor, claramente inadecuada. Estas, decía, «actúan y actúan para; deben pues pagar la pena por sus hábitos». En un mundo donde el empresario individual ha sido sustituido por las grandes empresas, la seguridad de las relaciones comerciales resultaría enormemente perjudicada si no nos dotamos de los medios necesarios para que estas nuevas compañías respondan por los daños causados por sus empleados<sup>327</sup>.

Esta doctrina, con este fundamento, simple pero ciertamente irrefutable, se traslada, como hemos dicho, al ámbito de la responsabilidad penal. Surge así un modelo de imputación basado en el hecho de otro, y sobre el que en su momento volveremos más detenidamente, porque continúa en la actualidad siendo el modelo vigente.

Efectivamente, una vez que esta doctrina se consolida en el ámbito civil, los autores no encuentran razones por las que *a priori* los principios que la fundamentan no se puedan aplicar igualmente cuando el daño en cuestión sea constitutivo de delito<sup>328</sup>. De hecho la evolución de la

---

<sup>325</sup>Pollock, Frederick, «Liability for Torts of Agents and Servants», 1 *L. Q. Rev.* 207 (1885), p. 209.

En un principio, esta responsabilidad de los dueños de los negocios por los actos de sus empleados fue reconocida para aquellos que desarrollaban una actividad que implicara un riesgo importante para terceros, como, por ejemplo, los armadores de barcos. Posteriormente, sin embargo, se extendió a todas las actividades, para que así los empleadores previnieran los daños que pudieran causar sus empleados; como se extendió a todas las relaciones entre principal y agente, fuera o no este, propiamente, un empleado del primero. Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 3.03 (versión electrónica).

<sup>326</sup>Laski, Harold J. «The Basis of Vicarious Liability», 26 *Yale L.J.* 105 (1916-1917), p. p. 122- 123.

<sup>327</sup>Laski, Harold J. «The Basis of Vicarious ...», cit., p. p. 123-124.

<sup>328</sup>En esta línea, Laski, Harold J, «The Basis of Vicarious...», cit., p. p. 130-131, para quien: «There seems no valid *a priori* reason why the operation of our principles should cease at that border where tort becomes crime»; o Edgerton, Henry, W., «Corporate Criminal Responsibility», 36 *Yale L. J.* 827 (1927), p. p. 835-836. Este autor se pregunta por qué debemos distinguir entre la responsabilidad civil y penal que se atribuye a una persona jurídica como consecuencia de los actos de sus *agents*, y concluye: «The supposed difference in nature between crimes and



doctrina sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas no puede entenderse al margen de la evolución y desarrollo de estas teorías en el ámbito de la responsabilidad civil<sup>329</sup>, pues desde ahí se trasladarán, como hemos dicho, al ámbito de la responsabilidad penal.

Este trasvase de teorías entre el ámbito civil y el penal responde a necesidades eminentemente prácticas y derivadas, fundamentalmente, de ese imparable y rapidísimo desarrollo económico e industrial. Tales necesidades se acaban imponiendo en el desarrollo del Derecho Penal estadounidense sobre cualquier tipo de dificultad dogmática.

Algunos de los primeros ejemplos de condena penal de personas jurídicas por delitos en los que ya se exigía ese elemento subjetivo fueron las sentencias dictadas en los casos *Telegram Newspaper Co. v. Commonwealth*<sup>330</sup>, en la que se condenó a la persona jurídica por desacato -*contempt*<sup>331</sup>; *State v. Atching-son*<sup>332</sup>, donde la condena fue por injurias -*criminal libel*<sup>333</sup>-; o *United States v. Alaska Packers' Ass'n, 1 Alaska*<sup>334</sup>, donde se condenó a la persona jurídica por pesca ilegal<sup>335</sup>. En *United States v. Van Schaik*<sup>336</sup>, por su parte, se confirmó la posibilidad de que una *corporation* pudiera ser acusada de un homicidio imprudente.

Esta última resolución tiene su origen en el incendio de un barco de vapor, en el que murieron 900 pasajeros y que dio lugar a la formulación de acusaciones penales por homicidio imprudente, no sólo contra determinadas personas físicas, sino también contra la compañía propietaria del barco. Esta última, frente a dicha acusación, alegó que la pena que las leyes del estado de Nueva York preveían para este delito eran la prisión o los trabajos forzados, penas que lógicamente ella, que era una *corporation*, no podía cumplir, y por tanto impedía que se

---

torts is a difference in emphasis or point of view on the one hand, and in procedure on the other. But even if it were true that crimes injure only society and torts only individuals, would it follow, or even tend to follow, that the criminal responsibility of corporations should be narrower than their civil responsibility? Do the interests of society deserve less protection than the interests of individuals?».

<sup>329</sup>Elkins, James R, «Corporations and The ...», cit., p. 97; Walsh, Charles J. y Pyrich, Alissa, «Corporate Compliance as a Defense...», cit., p. p. 615-616; en el mismo sentido también, Lederman, Eliezer, «Criminal Law, Perpetrator and Corporation: Rethinking a Complex Triangle», 76 *J. Crim. L. & Criminology* 285 (1985), p. 288.

<sup>330</sup>*Telegram Newspaper Co. v. Commonwealth*, 52 N.W 445 (Mass. 1899).

<sup>331</sup>El Tribunal señaló: «We think that a corporation may be liable criminally for certain offenses of which a specific intent may be a necessary element. There is no more difficulty in imputing to a corporation a specific intent in criminal proceedings than in civil. A corporation cannot be arrested and imprisoned in either civil or criminal proceedings, but its property may be taken either as compensation for a private wrong or as punishment for a public wrong».

<sup>332</sup>*State v. Atching-son*, 3 Lea 729 (Tenn. 1879).

<sup>333</sup>En la actualidad las injurias ya no se persiguen penalmente. Véase, Garner, Bryan A., *Black's Law...*, cit., p. 999.

<sup>334</sup>*United States v. Alaska Packers' Ass'n, 1 Alaska*, 217 (1901).

<sup>335</sup>Véase sobre el particular, Elkins, James R., «Corporations and the...», cit., p. 96; y Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History...», cit., p. p. 413- 415.

<sup>336</sup>*United States v. Van Schaik*, 134 F. 592 (C.C.S.D.N.Y. 1904).

formulara contra ella dicha acusacion. Esta pretensión no fue acogida, sin embargo, por el Tribunal. Para dicho órgano el hecho de que el castigo previsto en la Ley no se pudiera imponer a la persona jurídica, no era motivo bastante para concluir que una compañía dedicada al transporte por mar de pasajeros no pudiera ser declarada culpable por causar su muerte, si dicha muerte derivaba de la falta de observancia del cuidado debido, y de la misma manera que sería responsable por ello en vía civil. El hecho de que fuera una persona jurídica no debía conducir a su impunidad<sup>337</sup>.

En definitiva, la práctica jurisprudencial, como antes lo había hecho el legislador, y superando las barreras doctrinales derivadas de las viejas concepciones de la teoría de la ficción<sup>338</sup>, afirmaba ya sin problemas, como ya lo había hecho en el ámbito de la responsabilidad civil por daños, que las personas jurídicas podía ser penalmente responsables incluso cuando el delito exigiera un elemento subjetivo. El camino para la expansión definitiva la responsabilidad penal de las personas jurídicas estaba despejado.

### **III. NEW YORK CENTRAL & HUDSON RIVER RAILROAD V. UNITED STATES**

El 23 de Febrero de 1909, el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos dicta sentencia en el caso *New York Central & Hudson River Railroad v. United States*<sup>339</sup>, consagrando definitivamente esa tendencia expansiva de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que hemos ido describiendo, que se potencia, a partir de esta resolución, y que se ha mantenido, durante todo el siglo XX hasta nuestro días.

En esta sentencia, el Tribunal confirma la condena de una compañía ferroviaria y de dos de sus empleados por realizar prácticas prohibidas por la *Elkins Act* de 1903. Esta norma, aprobada por el Gobierno Federal, prohibía que las compañías ferroviarias dedicadas al transporte de mercancías ofrecieran determinados descuentos a sus clientes; calificando como

---

<sup>337</sup>Declara el Tribunal: «But it is said that no punishment can follow conviction. This is an oversight in the statute. Is it to be concluded, simply because the given punishment cannot be enforced, that Congress intended to allow corporate carriers by sea to kill their passengers through misconduct that would be apunishable offense if done by a natural person? A corporation can be guilty of causing death by its wrongful act. It can with equal propriety be punished in a civil or criminal action. It seems a more reasonable alternative that Congress inadvertently omitted to provide a suitable punishment for the offense, when committed by a corporation, than that it intended to give the owner impunity simply because it happened to be a corporation».

<sup>338</sup>Sobre la influencia, en este campo, de las teorías de Gierke nos remitimos a las consideraciones que expusimos en el capítulo anterior de este trabajo.

<sup>339</sup>*New York Central & Hudson River Railroad v. United States*, 212 U.S. 481 (1909).

delito –*misdemeanor*- la contravención de esta prohibición e imponiendo por ello multas, tanto a las compañías que los ofrecieran, como a los clientes que los aceptaran.

Concretamente, respecto a la posible responsabilidad penal de las compañías, se establecía que serían consideradas culpables de cualquier infracción prevista en la norma cuando dichas infracciones fueran cometidas por sus representantes, directivos y empleados- *officers, directors, employees o agents*-, cuyas acciones y omisiones serían atribuidas tanto a ellos como a la propia entidad.

Pues bien, fue la aplicación de esta norma la que permitió, en el supuesto de hecho analizado en esta sentencia, la condena de la compañía recurrente por el Tribunal del Distrito Sur de Nueva York; una compañía que, al combatir su condena, y presentar recurso ante el Alto Tribunal, planteó la posible inconstitucionalidad del precepto.

Para fundamentar su pretensión, los defensores de la compañía afirmaron que el Congreso no tenía autoridad para imputar responsabilidad penal a la entidad por los hechos objeto de enjuiciamiento, y ello por tres razones fundamentales: la primera, porque la condena de la persona jurídica implicaba en realidad la condena de sus accionistas, que era inocentes y no habían tenido la oportunidad de ser oídos en juicio, vulnerándose así su derecho al proceso debido; la segunda, porque dicha condena implicaba asimismo una vulneración de su derecho a la presunción de inocencia, garantía también incluida en su derecho al proceso debido; y la tercera, porque la entidad no podía ser penalmente responsable por unas prácticas que, siendo constitutivas de delito, nunca podían haber sido autorizadas, ni por sus accionistas ni por su consejo de administración.

El Tribunal Supremo, al rechazar estas alegaciones y, en definitiva, declarar conforme a la Constitución las disposiciones de la norma impugnada, realiza varias consideraciones que nos interesa destacar.

En primer lugar, consagra ese trasvase de principios, al que ya aludimos, desde el ámbito de la responsabilidad civil al ámbito de la responsabilidad penal; en línea con aquellos autores que entendía que no existía razón alguna para no hacerlo. Efectivamente, el Tribunal parte de la que considera una doctrina consagrada en el ámbito de la responsabilidad civil, según la cual una persona jurídica es responsable de los daños causados por sus empleados en

el ejercicio de sus funciones, aún cuando hayan sido realizados dolosa o imprudentemente o, incluso, vulnerando órdenes expresas en contrario. Y añade que, en estos casos, la responsabilidad no se deriva de que el principal, en estos supuestos la persona jurídica, participe del acto ilícito, sino del hecho de que este acto se realiza en su beneficio. El empleado está actuando dentro de las competencias que como tal le corresponden, de manera que es justo, dice el Tribunal, que su principal tenga que soportar los daños derivados de sus acciones<sup>340</sup>.

Pues bien, para el Tribunal es posible dar un paso más, y dando por hecho que determinados delitos, que no concreta, por su propia naturaleza, no pueden ser imputados en ningún caso a las personas jurídicas, considera que sí existen otros muchos, como aquellos contemplados en la ley impugnada, que sí pueden serlo<sup>341</sup>.

Dos son los beneficios fundamentales que el Tribunal parece observar en este trasvase de principios<sup>342</sup>. El primero, que de esta forma se fomentará que los directivos de las entidades controlen a sus empleados<sup>343</sup>. Si es la entidad la que ha de pagar las multas por los delitos cometidos por estos últimos, la presión para controlar que su comportamiento se ajusta a la Ley recaerá sobre los titulares de dicha entidad que, a su vez, la trasladarán a sus directivos<sup>344</sup>. El segundo, el aseguramiento del castigo tanto de la persona física como de la jurídica que, de otra manera, quedaría impune. Según declararía el Juez Holmes en *United States v. Union Supply*

---

<sup>340</sup>Declara el Tribunal: «It is now well established that, in actions for tort, the corporation may be held responsible for damages for the acts of its agent within the scope of his employment. *Lake Shore & Michigan Southern R. Co. v. Prentice*, 147 U. S. 101, 147 U. S. 109-111. And this is the rule when the act is done by the agent in the course of his employment, although done wantonly or recklessly or against the express orders of the principal. In such cases, the liability is not imputed because the principal actually participates in the malice or fraud, but because the act is done for the benefit of the principal, while the agent is acting within the scope of his employment in the business of the principal, and justice requires that the latter shall be held responsible for damages to the individual who has suffered by such conduct».

<sup>341</sup>Dice el Tribunal: «...applying the principle governing civil liability, we go only a step farther in holding that the act of the agent, while exercising the authority delegated to him to make rates for transportation, may be controlled, in the interest of public policy, by imputing his act to his employer and imposing penalties upon the corporation for which he is acting in the premises. It is true that there are some crimes which, in their nature, cannot be committed by corporations. But there is a large class of offenses, of which rebating under the federal statutes is one, wherein the crime consists in purposely doing the things prohibited by statute. In that class of crimes, we see no good reason why corporations may not be held responsible for and charged with the knowledge and purposes of their agents, acting within the authority conferred upon them. 2 Morawetz on Corporations § 733; Green's Brice on Ultra Vires 366. If it were not so, many offenses might go unpunished and acts be committed in violation of law where, as in the present case, the statute requires all persons, corporate or private, to refrain from certain practices, forbidden in the interest of public policy».

<sup>342</sup>Véase, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 3.03 (versión electrónica).

<sup>343</sup>«...applying the principle governing civil liability, we go only a step farther in holding that the act of the agent, while exercising the authority delegated to him to make rates for transportation, may be controlled, in the interest of public policy, by imputing his act to his employer and imposing penalties upon the corporation for which he is acting in the premises».

<sup>344</sup>Véase, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 3.03 (versión electrónica).

Co.<sup>345</sup>, citando precisamente *Hudson*, la responsabilidad criminal de las *corporations* está justificada porque estas «are as much within the mischief aimed at as private persons, and as capable of a 'wilful' breach of the law»<sup>346</sup>.

Por otro lado, el Tribunal Supremo Federal tiene muy en cuenta la importancia económica de estas entidades y entiende que el Derecho Penal es un buen arma para evitar sus abusos<sup>347</sup>. De esta forma, parece estar más influenciado por la realidad económica del momento, en el que las personas jurídicas se han convertido en el principal actor del comercial interestatal, que por la evolución de los principios legales, y entiende que cualquier otra conclusión podría conducir a su impunidad.<sup>348</sup> La sentencia del Tribunal Supremo Federal refleja así una utilización pragmática y utilitarista del Derecho Penal en un período de importantes cambios sociales y económicos<sup>349</sup>. La concentración, sin precedentes, de poder económico en las *corporations* y el surgimiento, tras la Guerra Civil, de una gran variedad de actividades económicas demanda nuevas leyes, incluyendo las penales, que respondan eficazmente a ese nuevo poder<sup>350</sup>. En este sentido, la propia sentencia pone de manifiesto que la aprobación de la *Elkin Act* había venido precedida de múltiples informes de la *Intersate Commerce Commission*, según los cuales, las medidas previstas en ella serían ineficaces si solo se aplicaban a las personas físicas, porque eran las empresas las que realmente se beneficiaban de las prácticas ilícitas, siendo las primeras unos meros instrumentos a su servicio<sup>351</sup>.

---

<sup>345</sup>*United States v. Union Supply Co.*, 215 U.S. 50 (1909).

<sup>346</sup>Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 3.03 (versión electrónica).

<sup>347</sup>Declara el Tribunal: «It cannot shut its eyes to the fact that the great majority of business transactions in modern times are conducted through these bodies, and particularly that interstate commerce is almost entirely in their hands, and to give them immunity from all punishment because of the old and exploded doctrine that a corporation cannot commit a crime would virtually take away the only means of effectually controlling the subject matter and correcting the abuses aimed at».

<sup>348</sup>Véase sobre el particular, Brown, H. Lowell, «Vicarious Criminal Liability of Corporation for the acts of Their Employees and Agents», 41 *Loy. L. Rev.* 279 (1995), p. 282.

<sup>349</sup>Beale, Sara S., «The Development and Evolution of the U.S. Law of Corporate Criminal Liability», enero, 2014, p. 4. Este fue el texto presentado por la autora en una conferencia dada en las *German Conference on Comparative Law*, que se celebraron en Marburg, Alemania, en septiembre del 2013.

<sup>350</sup>Beale, Sara S., «The Development and Evolution of the U.S. Law...», cit., p. 4.

<sup>351</sup>Beale, Sara S., «The Development and Evolution of the U.S. Law...», cit., p. 4.

Dice en este extremo la sentencia: «It is a part of the public history of the times that statutes against rebates could not be effectually enforced so long as individuals only were subject to punishment for violation of the law, when the giving of rebates or concessions inured to the benefit of the corporations of which the individuals were but the instruments. This situation, developed in more than one report of the Interstate Commerce Commission, was no doubt influential in bringing about the enactment of the Elkins law, making corporations criminally liable. This statute does not embrace things impossible to be done by a corporation; its objects are to prevent favoritism, and to secure equal rights to all in interstate transportation, and one legal rate, to be published and posted and accessible to all alike. *New Haven Railroad Company v. Interstate Commerce Commission*, 200 U. S. 399; *Armour Packing Co. v. United States*, 209 U. S. 56. We see no valid objection in law, and every reason in public policy, why the corporation, which profits by the transaction, and can only act through its agents and officers, shall be held punishable by fine because of the knowledge and intent of its agents to whom it has entrusted authority to act in the subject matter of

En este marco, el Tribunal opta por un modelo de imputación, según el cual, los hechos cometidos por los *agents* de la *corporation*, cuando actúen en su beneficio y dentro de la autoridad que les ha sido conferida, le serán atribuibles a la entidad. Su conocimiento y sus propósitos serán los de la propia persona jurídica<sup>352</sup>.

En definitiva, el Tribunal Supremo consagra en esta sentencia la doctrina del *respondeat superior* como estándar de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Estándar de imputación basado en la responsabilidad por hecho de otro, concretamente de aquel que, trabajando para la entidad y en el ejercicio de sus competencias, comete el delito actuando en beneficio de esta.

Con posterioridad, precisaremos el alcance de estos dos presupuestos, que la sentencia analizada no concreta, probablemente porque no era necesario dado el objeto del recurso. Pero antes convendría añadir otra precisión.

La resolución dictada por el Tribunal Supremo Federal no «crea» la doctrina del *respondeat superior*, sino que la acoge. Su relevancia radica en la declaración de que la utilización de dicha doctrina, como base para la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, es conforme a la Constitución Federal. Podríamos afirmar pues que el Tribunal Supremo Federal concluye que el texto de esta última norma no exige que dicha responsabilidad haya de basarse en una culpabilidad propia y atribuible a la organización, independientemente de la que pueda corresponder a las personas físicas que cometan el delito. Para el Tribunal, un modelo de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas,

---

making and fixing rates of transportation, and whose knowledge and purposes may well be attributed to the corporation for which the agents act. While the law should have regard to the rights of all, and to those of corporations no less than to those of individuals, it cannot shut its eyes to the fact that the great majority of business transactions in modern times are conducted through these bodies, and particularly that interstate commerce is almost entirely in their hands, and to give them immunity from all punishment because of the old and exploded doctrine that a corporation cannot commit a crime would virtually take away the only means of effectually controlling the subject matter and correcting the abuses aimed at».

<sup>352</sup>Señala el Tribunal: «It is true that there are some crimes which, in their nature, cannot be committed by corporations. But there is a large class of offenses, of which rebating under the federal statutes is one, wherein the crime consists in purposely doing the things prohibited by statute. In that class of crimes, we see no good reason why corporations may not be held responsible for and charged with the knowledge and purposes of their agents, acting within the authority conferred upon them. If it were not so, many offenses might go unpunished and acts be committed in violation of law where, as in the present case, the statute requires all persons, corporate or private, to refrain from certain practices, forbidden in the interest of public policy»

como el basado en la doctrina del *respondeat superior*, no vulnera el derecho al proceso debido, cuya posible vulneración fue denunciada por la recurrente en el procedimiento en cuestión<sup>353</sup>.

Aquí radica la importancia de esta resolución, pues descartando esta vulneración ha permitido que este modelo de imputación haya sido consagrado jurisprudencialmente en la Jurisdicción Federal, convirtiéndose en un vehículo importantísimo para la expansión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; expansión derivada en gran medida, como veremos después, de una interpretación jurisprudencial amplia de los presupuestos que lo sustentan.

#### **IV. LA ERA POST HUDSON**

##### **1. La expansión definitiva de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El auge de la regulación federal**

La sentencia *New York Central & Hudson River Railroad v. United States*, como acabamos de exponer, inaugura un período en el que la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas se expande claramente, y lo hace a toda clase de delitos y a todos los sectores de actividad. Particularmente, entre los años 1920 y 1950, se produce una expansión de la persecución de los delitos económicos cometidos en el seno de estas organizaciones, tanto a nivel federal como estatal; dando lugar a procesos penales que de ordinario culminaban con las condenas de las compañías, pero también de sus directivos, y que afectaron prácticamente a todos los ámbitos de la actividad industrial y económica, desde la industria de envasado de productos cárnicos hasta las firmas de corredores de bolsa, pasando por las entidades bancarias<sup>354</sup>.

Estas acusaciones penales se formularon tanto por delitos en los que, como en el caso de la ya reiterada *Elkins Act*, estaba expresamente previsto en la Ley que pudieran ser

---

<sup>353</sup>El derecho al proceso debido -*due process clause*-, consagrado en la Decimocuarta Enmienda, es un conjunto de facultades y garantías que se consideran fundamentales para el concepto de libertad y para el sistema de justicia que sustentan la nación. En este sentido, la sentencia dictada por el Tribunal Supremo Federal en el caso *McDonalds v. Chicago*, 561 U.S. 3025 (2010), se refiere al mismo como «...fundamental to our Nation's particular scheme of ordered liberty and system of justice».

<sup>354</sup>Véase al respecto, Laufer, William S., *Corporate Bodies and Guilty...*, cit., p. p. 21- 23.

cometidos por personas jurídicas, como por aquellos en los que no existía esta previsión expresa, pues su ausencia nunca supuso un obstáculo para los Tribunales a estos efectos<sup>355</sup>.

En este sentido se pronunció expresamente el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en el caso *United States v. Union Supply Co.*<sup>356</sup> donde, con relación a determinadas infracciones penales derivadas de la violación de normas reguladoras de la fabricación y venta al por mayor de mantequillas, se rechazó que solo las personas físicas, tal como había argumentado la compañía condenada, pudieran cometer tales infracciones. Para el Tribunal, el argumento expuesto por dicha compañía, según el cual las personas jurídicas no podían cometer tales delitos porque la pena prevista para ellos, además de la de multa, era la de prisión que, evidentemente, no podían cumplir, no fue suficiente. El Tribunal Supremo entendió que era imposible creer que el legislador hubiera pretendido excluir de esta regulación a aquellos mayoristas que fueran una persona jurídica y no física.

En la misma línea se pronunciaría, años después, el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito en el conocido caso *United States v. Hilton Hotels Corp.*<sup>357</sup>. En esta resolución, relativa a la aplicación de las disposiciones antitrust de la *Sherman Act*, también se entendió que aun cuando, a diferencia de otras normas, como la *Elkins Act*, en ella no se incluyera expresamente a las personas jurídicas como posibles sujetos activos de las infracciones penales previstas, las mismas debían entenderse implícitamente incluidas. Según el Tribunal, aún cuando en la fecha de aprobación de la norma, 1890, la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los actos cometidos por su empleados aún no estaba completamente definida, era evidente que ya en ese momento eran sus principales destinatarias, pues eran las que fundamentalmente ejercían las actividades comerciales cuya libre competencia se trataba de asegurar. El Tribunal concluyó además que la importancia de los intereses públicos protegidos por la *Sherman Act* y la gravedad de la amenaza que pesaba sobre ellos, apoyaban la conclusión de que las personas jurídicas debían ser responsables por las violaciones de la norma que en el ejercicio de sus funciones cometieran sus empleados<sup>358</sup>.

---

<sup>355</sup>Diskant, Edward B., «Comparative Corporate...», cit., p. 138; en el mismo sentido, Khanna, V.S., «Corporate Criminal Liability: What Purpose ...», cit., p. 1487; también, Elkins, James R., «Corporations and the ...», cit., p. 99.

<sup>356</sup>*United States v. Union Supply Co.*, 215 U.S. 50, 54-55 (1909).

<sup>357</sup>*United States v. Hilton Hotels Corp.*, 467 F.2d 1000, 1004-07 (9th Cir.1972).

<sup>358</sup>Declaró el Tribunal en este punto: «The breadth and critical character of the public interests protected by the Sherman Act, and the gravity of the threat to those interests that led to the enactment of the statute, support a construction holding business organizations accountable, as a general rule, for violations of the Act by their employees in the course of their businesses».



El hecho de que los Tribunales condenaran a las personas jurídicas, aunque la ley no las incluyera expresamente como posible sujetos activos del delito en cuestión, no impidió, por otro lado, que el legislador, especialmente el Federal, continuara aprobando y publicando normas en las que sí se incluía esta previsión expresa. De hecho, porque continuó haciéndolo y de forma importante, como vamos a ver, hemos de otorgarle también un papel relevante en esa imparable expansión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la que venimos insistiendo.

Dos pues son los agentes que influyen en este escenario expansivo: por un lado los Tribunales, siguiendo el impulso que supuso la consagración por el Tribunal Supremo de la doctrina del *respondeat superior*, y aplicando esta a todo tipo de delitos, también a aquellos que exigían un elemento subjetivo, para, con su aplicación, «trasladar» dicho elemento subjetivo de la persona física a la jurídica; y por otro lado, el legislador, aprobando las más variadas normas en las que se tipifican delitos y se concreta que su sujeto activo puede ser una persona jurídica, se trate de delitos para los que se exige un determinado *state of mind*, o se trate de delitos en los que no se exige dicho elemento, sino en los que se establece una responsabilidad meramente objetiva derivadas de ciertas acciones u omisiones. Son las *public welfare offenses*, a las que hicimos referencia en su momento, y que no son pues una novedad, pero que resurgen con fuerza y cuya justificación se halla, precisamente, en el riesgo inaceptable que para el interés general representan dichas acciones u omisiones<sup>359</sup>.

Todas estas nuevas infracciones penales se incluyen de ordinario en leyes, destinadas a la regulación de una determinada actividad económica, en las que también se incluyen otra serie de normas de naturaleza civil o administrativa. Alguno de los primeros ejemplos fue la *Securities Act* de 1934, destinada a regular el Mercado de Valores, o la *Food, Drug, and Cosmetic Act* de 1938, que estableció toda una batería de normas en el sector de los alimentos, los medicamentos y los cosméticos.

Se consolida una tendencia, que había comenzado a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, con la publicación de normas como la *Sherman Act* o la *Elkins Act*, cual es la atribución al Estado de un nuevo papel: el de regulador.

---

<sup>359</sup>Véase al respecto, Brickey, Kathleen F., «Criminal Liability of Corporate Officers for Strict Liability Offenses. Another View», 35 *Vand. L. Rev.* 1337 (1982), p. 1343.

En sus comienzos, Estados Unidos era un país sin Administraciones públicas y sin intervenciones administrativas<sup>360</sup>. Debido en gran parte a las ideas protestantes y puritanas de sus fundadores (Lutero<sup>361</sup> defendía la interpretación libre de la Biblia por el individuo), el individuo debía ser el protagonista de la elaboración e interpretación de la regulación; y ello frente a una Administración, centralizada, jerarquizada, profesionalizada e hiperreguladora, propia de la Iglesia católica o de la anglicana, que se consideraba corrupta<sup>362</sup>. En el nuevo país, es el propio individuo el que se autorregula. Así, por ejemplo, son los propios ciudadanos los que hacen de policías, dirigidos por un *sheriff* elegido por la comunidad; o los que, a través del Jurado, declaran la culpabilidad o inocencia de los acusados de cometer delitos<sup>363</sup>.

Esta forma de entender el Estado, donde lo importante es el individuo y su capacidad de autorregulación, sin embargo, fracasará. Esos ciudadanos-policías terminarán extralimitándose en sus funciones y defendiendo los intereses de los caciques del lugar; y el intento de que una elite funcionarial no se apropiara de la Administración, y que se tradujo en la elección, por periodos breves de casi todos los puestos de la misma, entre ellos, el 90% de los jueces, tampoco dio los resultados esperados, debido en gran medida a la politización en los procedimiento de elección, que orillaron los méritos y las capacidades profesionales de los candidatos<sup>364</sup>.

Del fracaso de este modelo surge una nueva concepción del Estado, ya como Estado regulador y administrativo<sup>365</sup>. En él, además, y como característica propia de los Estados Unidos, asumen un papel esencial la agencias reguladoras, organismos independientes a los que corresponde de ordinario la supervisión del cumplimiento de las normas y la imposición de las correspondientes sanciones en caso contrario.

En este marco será, especialmente a partir de los años 60 y 70, cuando se produzca lo que algún autor ha denominado una auténtica explosión de la regulación federal, que va unida a

---

<sup>360</sup>Ballbé, Manuel, «El futuro del derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización», *Revista de Administración Pública*, n° 174, septiembre- diciembre, 2007, p. p 215-276.

<sup>361</sup>Sobre las ideas de Lutero, véase, Weber Max, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Alianza Editorial, 2012.

<sup>362</sup>Ballbé, Manuel, «El futuro del derecho administrativo...», cit., p. 221.

<sup>363</sup>Ballbé, Manuel, «El futuro del derecho administrativo...», cit., p. 221.

<sup>364</sup>Ballbé, Manuel, «El futuro del derecho administrativo...», cit., p. p. 222-225.

<sup>365</sup>Ballbé, Manuel, «El futuro del derecho administrativo...», cit., p. 226.

un incremento importantísimo del número de esas agencias federales<sup>366</sup>, y que afecta particularmente a sectores tales como la protección del medio ambiente, la seguridad en el trabajo o la protección del consumidor<sup>367</sup>.

El legislador, también el estatal, comienza a prestar atención a los costes sociales de la economía industrial; lo que se traduce en una regulación intensa de muchos sectores de la actividad económica. Surge el denominado *New Regulatory State*, también llamado *The Public Interest Era* o *The Environmental-Consumerist Period*<sup>368</sup>.

En ese ambiente normativo se continúa confiando, como hemos dicho, en el Derecho Penal como un arma eficaz para perseguir los actos ilícitos cometidos en el seno de las grandes compañías; en las que los sobornos, el pago de comisiones ilegales o el fomento de la corrupción política se consideran prácticas habituales<sup>369</sup>.

Es la época de casos como el de las contribuciones ilegales a la campaña de reelección del presidente Nixon de 1972, donde noventa y nueve compañías fueron condenadas por ello a instancia del Fiscal Especial del caso *Watergate*<sup>370</sup>; o de las investigaciones llevadas a cabo por la SEC -*Securities and Exchange Commission*-, que pusieron de manifiesto que muchas compañías norteamericanas, que operaban en otros países, sobornaban a los funcionarios del lugar, fuera para operar allí o para conseguir contratos<sup>371</sup>.

Concretamente, estas últimas investigaciones estuvieron en el origen de la aprobación, en el año 1977, de la *Foreign Corrupt Practices Act* que, además de prohibir el pago de estos

---

<sup>366</sup>Millstein, Ira M. y Katsh, Salem M., *The Limits of Corporate Power: Existing Constraints on The Exercise of Corporate Discretion*, 2ª ed., 2003, p. p. 126-128.

<sup>367</sup>Véase al respecto, Laufer, William S., *Corporate Bodies and Guilty...*, cit., p. p. 23-26. Sobre el papel y las competencias de estas agencias, véase también, Clinard, Marshall B. y Yeager, Peter C., *Corporate Crime*, cit., p. p. 74-109.

<sup>368</sup>Laufer, William S., *Corporate Bodies and Guilty...*, cit., p. 27.

Para dar respuesta a preguntas tales como quién recibe los beneficios y las cargas de dicha regulación, qué forma debe adoptar la misma y qué efectos produce ésta sobre los recursos, surge la teoría de la regulación económica, desarrollada por el premio nobel de economía George J. Stigler. Véase, Stigler, George J., «The Theory of Economic Regulation» *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, No 1 (1971), p. p. 3-21.

<sup>369</sup>Laufer, William S., *Corporate Bodies and Guilty...*, cit., p. 27.

<sup>370</sup>Laufer, William S., *Corporate Bodies and Guilty...*, cit., p. 27.

La figura del Fiscal Especial- *special prosecutor*-, después denominado Fiscal Independiente -*independent counsel*- tiene su origen precisamente en el caso *Watergate*, que dio lugar a la publicación, en 1978, de la conocida como *Ethics in Government Act*, donde se establece la posibilidad de nombrar un fiscal independiente para la investigación de un asunto determinado cuando estén implicados importantes funcionarios federales, así como el Presidente y el Vicepresidente del Gobierno. Véase al respecto, López Barja de Quiroga J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, 6ª ed., 2014, p. p. 1044-1045.

<sup>371</sup>Laufer, William S., *Corporate Bodies and Guilty...*, cit., p. 27.

sobornos, exigió a las empresas que operaran en el extranjero la implementación de prácticas contables y controles internos para evitar los pagos ilícitos<sup>372</sup>.

Esta disposición es un buen ejemplo de cómo la alarma social creada por unos hechos concretos servía normalmente de incentivo para la publicación de nuevas normas, que declaraban ilegales ciertas prácticas toleradas o difíciles de perseguir hasta este momento. Además de la *Foreign Corrupt Practices Act*, este fue el caso de otras normas que siguieron a los hechos relacionados con el caso *Watergate*; o las que se aprobaría posteriormente, a mediados de los años 80, en relación al *insider trading*<sup>373</sup>.

Esta expansión temprana y continúa del Derecho Penal aplicable a las personas jurídicas que acabamos de describir, unida a la consolidación jurisprudencial de ese modelo de imputación basado en la doctrina del *respondeat superior*, provocó algunos movimientos contrarios a una y a otra y favorables a la implantación de criterios de imputación más restrictivos.

Uno de estos movimientos cristalizó en el *Model Penal Code*. Este texto, publicado en 1962, por el *American Law Institute*, es una propuesta de Código Penal, con carácter no vinculante que, como veremos posteriormente, prevé un modelo de imputación para las personas jurídicas bastante más limitado que el predominante ya en ese momento en la Jurisdicción Federal. Conforme al mismo, la aplicación de la doctrina del *respondeat superior* se limita en determinados supuestos, permitiendo que la entidad quede exenta de responsabilidad penal si acredita que la persona encargada dentro de ella de supervisar la actividad en la que se ha cometido el delito ha ejercido la diligencia debida para impedir su comisión; diligencia que el texto exige que se haya ejercido por parte de la dirección de la empresa, esto es, por parte de alguien que tenga la consideración de *high managerial agent*.

En la Jurisdicción Federal, como también precisaremos, este modelo no ha tenido excesivo éxito, pero en las jurisdicciones estatales su acogida ha sido algo mayor, sirviendo de referente a muchos legisladores estatales, de ahí su importancia<sup>374</sup>.

---

<sup>372</sup>Ford, Cristie y Hess, David, «Can Corporate Monitorships Improve Corporate Compliance?», 34 *J. Corp. L.* 679 (2009), cit., p. 689; véase también, Laufer, William S., *Corporate Bodies and Guilty...*, cit., p. 31.

<sup>373</sup>En este sentido, Khanna, V.S., «Corporate Crime Legislation: A Political Economy Analysis», 82 *Wash. U. L. Q.* 95 (2004), p. p. 103-104.

<sup>374</sup>Véase al respecto, Emanuel, Steven L., *Criminal Law*, cit., p.10.

En esta misma línea más restrictiva, pero con alguna diferencia respecto al *Model Penal Code*, se sitúa el modelo de imputación para las personas jurídicas propuesto por la Comisión Nacional para la Reforma de las Leyes Penales Federales –conocida como *Commission Brown*– constituida en los años 60, y que desde entonces, hasta los años 80, estudió varios proyectos de Código Penal Federal. En el último de ellos, incluido en la *Criminal Code Reforma Act* de 1981, se proponía, respecto a las personas jurídicas, y de forma paralela a las propuestas del *Model Penal Code*, que estas serían responsables por los actos cometidos por sus *agents* cuando además de haber sido cometidos en el ejercicio de sus funciones y con la intención de beneficiar a la entidad, hubieran sido aprobados o ratificados por la entidad, o bien hubieran sido consecuencia del incumplimiento por parte de la misma de una obligación establecida en la ley. Tampoco estas propuestas tuvieron éxito<sup>375</sup>.

## 2. El nacimiento del buen ciudadano corporativo. Los *compliance programs*

Paralelamente a ese afán regulador del poder público que hemos descrito, comienzan a oírse voces que claman por una mayor autorregulación, incentivada, en gran medida, por «la amenaza» que suponía para las entidades el ejercicio de acusaciones penales, siempre de consecuencias imprevisibles. De hecho, como vamos a ver a continuación, la mayoría de los puntos de inflexión en la evolución de esta autorregulación están relacionados con el impacto que tuvieron determinados procedimientos penales contra ciertas compañías.

Esta idea de la necesidad de autorregulación no es completamente nueva. Los gremios medievales, que señalamos en su día como el primer precedente de las compañías modernas, ya regulaban las conductas de sus miembros y aprobaban normas para controlar los mercados<sup>376</sup>. No obstante, su auge es sin duda consecuencia del protagonismo absoluto que en la vida económica alcanzan las personas jurídicas en el siglo XX; y se produce especialmente a partir de mediados de este siglo.

Así el primer impulso decisivo que reciben estos sistemas de autorregulación, que se materializan en el establecimiento de determinados programas *-compliance programs-* destinados a regular el comportamiento de las personas jurídicas en el desarrollo de su

---

<sup>375</sup>Véase sobre el particular, Laufer, William S., *Corporate Bodies and Guilty...*, cit., p. 26.

<sup>376</sup>Sobre el particular, véase, Baker, Mark, B., «Private Codes of Corporate Conduct: Should the Fox Guard the Henhouse?», 24 *U. Miami Inter-Am. L. Rev.* 399 (1993), p. 407; también, Pitt, Harvey L. y Groskaufmanis, Karl A., «Minimizing Corporate Civil and Criminal Liability: A Second Look at Corporate Codes of Conduct», 78 *Geo. L. J.* 1559 (1990), p. 1576.

actividad, se produce en los años 50 y 60. En esos años se inician procedimientos penales, contra algunas de las grandes compañías eléctricas del país por contravenir las disposiciones *antitrust*<sup>377</sup>, y ello después de que las investigaciones previas revelaran la existencia de acuerdos entre algunas de ellas para fijar los precios, amañar concursos o repartirse el mercado. En 1961, veintinueve compañías, además de cuarenta y cinco personas, se declararon culpables de los cargos formulados contra ellas como consecuencia de tales prácticas, imponiéndose más de dos millones de dólares de multa, además de varias condenas de prisión<sup>378</sup>.

La compañía *General Electric*, ya entonces un gigante en su sector, y castigada con la pena de multa más alta, trató de alegar en su defensa que, desde el año 1946, tenía una política propia contra tales comportamientos, expresada además en una instrucción interna -*General Instruction 2.35*-. Según dicha instrucción, había sido y era política de la compañía el cumplimiento estricto de las leyes *antitrust*, de manera que sus empleados debía ser especialmente cuidadosos a la hora de tomar cualquier medida, que siempre debía ser conforme con tales normas. Si existía alguna duda, disponía tal instrucción, se debía obtener el asesoramiento del departamento jurídico de la compañía<sup>379</sup>.

Esta línea de defensa, basada en el hecho de que la entidad se hubiera dotado previamente a la comisión del delito de un *compliance programs* efectivo (aunque en este supuesto, como señaló el Juez que la condenó, más que respetado, había sido claramente vulnerado) no tuvo excesivo éxito; pero el impacto que supuso su condena animó a las empresas a desarrollar este tipo de programas<sup>380</sup>.

También los organismos reguladores del sector eléctrico empujaron en el mismo sentido y comenzaron a «recomendar» a las empresas que desarrollaran este tipo de programas de cumplimiento; pues su existencia podía ser relevante a la hora de valorar si una determinada vulneración de las normas *antitrust* había de ser calificada o no como intencional<sup>381</sup>.

---

<sup>377</sup>Véase, Wellner, Philip A., «Effective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions», 27 *Cardozo L. Rev.* 497 (2005), p. 504. También, Rakoff, Jed S. y Sack, Jonathan S., *Federal Corporate Sentencing: Compliance and Mitigation*, Law Journal Press, 2014, § 5.02 (versión electrónica).

<sup>378</sup>Walsh, Charles J. y Pyrich, Alissa, «Corporate Compliance as a Defense...», cit., p. 650.

<sup>379</sup>Véase al respecto, Pitt, Harvey L. y Groskaufmanis, Karl A., «Minimizing Corporate Civil and Criminal Liability...», cit., p. 1580.

<sup>380</sup>Pitt, Harvey L. y Groskaufmanis, Karl A., «Minimizing Corporate Civil and Criminal Liability...», cit., p. 1580-1581; también Walsh, Charles J. y Pyrich, Alissa, «Corporate Compliance as a Defense...», cit., p. 650.

<sup>381</sup>Ford, Cristie y Hess, David, «Can Corporate Monitorships...?», cit., p. 689.

El segundo impulso importante que reciben estas iniciativas de autorregulación tiene su origen en los escándalos financieros de los años 70, a los que hicimos referencia con anterioridad, relacionados tanto con aportaciones ilegales de determinadas entidades a campañas presidenciales, como con el descubrimiento por la *Securities and Exchange Commission* de ciertas evidencias que demostraban que el pago de sobornos y comisiones era una práctica muy extendida entre las grandes compañías americanas, tanto dentro como fuera del país<sup>382</sup>.

Ante tales hechos, la SEC, por un lado, instauró un sistema por el que las compañías que denunciaban voluntariamente la existencia de conductas ilícitas, tras las correspondientes investigaciones internas, eran merecedoras de un trato menos severo; y por otro, obligó a ciertas compañías a modificar sus procedimientos de actuación y someterse a auditorias externas<sup>383</sup>. Simultáneamente además, para evitar ser investigadas, se «invitó» a las entidades a realizar una declaración por la que reconocían que habían estado realizando pagos ilegales y se comprometían a no continuar con esta práctica<sup>384</sup>.

Asimismo, esa constancia de que las multinacionales americanas estaban pagando sobornos en el extranjero, dio lugar a la promulgación de la conocida como *Foreign Corrupt Practices Act*, ley aprobada en el año 1977, que además de prohibir a las compañías norteamericanas con presencia en el extranjero el pago de sobornos a los funcionarios de terceros países, les exigió la implementación de prácticas contables y controles internos para evitar tales pagos ilícitos<sup>385</sup>; fomentando así la expansión de los programas de *compliance* en todas las multinacionales del país.

Esta norma no estuvo exenta de críticas por parte de aquellos que consideraron que la implementación de la misma y la responsabilidad criminal en ella establecida para quien la contravinieran, colocaba a las empresas norteamericanas en una posición de desventaja en el extranjero. Estas críticas dieron lugar finalmente a la reforma de la norma en el año 1988. Esta reforma, en cierta medida, atemperó su rigor, al exigir que la responsabilidad criminal sólo se

---

<sup>382</sup>Walsh, Charles J. y Pyrich, Alissa, «Corporate Compliance as a Defense ...», cit., p. p. 651-652. Véase también, Rakoff, Jed S. y Sack, Jonathan S., *Federal Corporate Sentencing: Compliance...*, cit., § 5.02 (versión electrónica).

<sup>383</sup>Walsh, Charles J. y Pyrich, Alissa, «Corporate Compliance as a Defense ...», cit., p. 652.

<sup>384</sup>Walsh, Charles J. y Pyrich, Alissa, «Corporate Compliance as a Defense ...», cit., p. 652.

<sup>385</sup>Ford, Cristie y Hess, David, «Can Corporate Monitorships...», cit., p. 689. Véase también, Laufer, William S., *Corporate Bodies and Guilty...*, cit., p. 31.

exigiera a aquellos que hubieran actuado *knowingly* –a sabiendas- pero no afectó a la generalización de los códigos de conducta instaurados por la misma, que continuaron presentes<sup>386</sup>.

En los años 80, esta exigencia de autorregulación a las compañías recibe otro impulso muy importante de la mano de nuevos escándalos financieros, esta vez relacionados con el uso de información privilegiada *-insider trading-*. La normativa vigente hasta ese momento y la existencia ya entonces de algunos códigos de conducta para prevenir ciertas prácticas, derivados de las prohibiciones sobre el particular existentes en la *Exchange Act* de 1974, demostraron ser claramente insuficientes<sup>387</sup>. Como consecuencia de ello, en 1988, el Congreso aprueba la *Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act*. Esta norma, además de establecer nuevas obligaciones a las compañías que cotizaban en bolsa para evitar el uso de esa información privilegiada, con penas importantes en casos de incumplimiento, exige la implementación de procedimientos escritos para evitar el mal uso de esta información interna, imponiendo en caso contrario multas importantes<sup>388</sup>.

Será a finales de los 80 cuando, en el sector de la industria de defensa, se materializa una iniciativa muy importante en este campo de la autorregulación, mediante la creación de lo que se denominó *Defense Industry Initiative (DII)*. Este movimiento, sobre la base de las recomendaciones realizadas por una comisión del Congreso Federal constituida para el estudio de la corrupción en esta actividad económica –*Packard Commission*- y apoyado por varias compañías muy importantes, impulsó, entre otras cuestiones, la adopción de códigos internos de conducta; el fomento de la formación de los empleados sobre la existencia y aplicación de dichos códigos; o el establecimiento de procedimientos internos para la detección de infracciones penales y su denuncia a las autoridades<sup>389</sup>.

---

<sup>386</sup>Véase sobre el particular, Pitt, Harvey L. y Groskaufmanis, Karl A., «Minimizing Corporate Civil and Criminal Liability...», cit., p. p. 1586-1587.

En el año 1998, esta norma fue nuevamente modificada para declarar la jurisdicción de los Tribunales de los Estados Unidos en casos de violaciones de la norma cometidas por sus nacionales en el extranjero. Al respecto véase, Brown, H. Lowell, «Extraterritorial Jurisdiction Under de 1998 Amendments to the Foreign Corrupt Practices Acts: Does The Government's Reach Now Exceed Its Grasp?», 26 *N.C.J. Int'l L. & Com. Reg.* 239 (2001).

<sup>387</sup>Véase sobre el particular, Pitt, Harvey L. y Groskaufmanis, Karl A., «Minimizing Corporate Civil and Criminal Liability...», cit., p. p. 1589-1590. Véase también, Rakoff, Jed S. y Sack, Jonathan S., *Federal Corporate Sentencing: Compliance...*, cit., § 5.02 (versión electrónica).

<sup>388</sup>Walsh, Charles J. y Pyrich, Alissa, «Corporate Compliance as a Defense ...», cit., p. p. 654-655.

<sup>389</sup>Véase al respecto, Laufer, William S., *Corporate Bodies and Guilty...*, cit., p. 32; también, Walsh, Charles J., Pyrich, Alissa, «Corporate Compliance as a Defense ...», cit., p. p. 656-659. Véase también, Rakoff, Jed S. y Sack, Jonathan S., *Federal Corporate Sentencing: Compliance...*, cit., § 5.02 (versión electrónica).



En el campo de la normativa medioambiental, las medidas internas de autorregulación sufrirían un impulso importante en los años 80. En 1986, la Agencia para la Protección del Medio Ambiente –*The Environmental Protection Agency's (EPA)*- publicó un informe animando a las compañías a que establecieran programas internos para la revisión objetiva, de forma sistemática y periódica de sus instalaciones, para así comprobar si cumplían la normativa medioambiental<sup>390</sup>.

Este panorama de desarrollo y generalización de los programas de *compliance* no cambió los principios en los que se basaba la responsabilidad penal de las personas jurídicas y como luego veremos, los Tribunales Federales no eximieron de responsabilidad penal a aquellas compañías que alegaron en su defensa que contaban con estos programas. Pero tampoco resultaron indiferentes a estos efectos. Muy al contrario, en 1991, se aprueban las primeras *sentencing guidelines* para organizaciones, y en ellas se prevé expresamente que el hecho de tener un programa de *compliance* puede atenuar la responsabilidad penal de una persona jurídica.

La publicación de estas normas, instaura en este campo lo que propia Comisión encargada de su aprobación denomina la filosofía del «palo y la zanahoria» -*carrot and stick philosophy*-, que se traduce en «premiar» con penas más leves a aquellas personas jurídicas que, al cometer el delito, se hubiera dotado de uno de estos programas y «castigar» con penas más graves a aquellas que no lo hubieran hecho. La comisión asume así dos ideas fundamentales. La primera, que ni se puede ni se debe tratar de la misma manera a las personas jurídicas que hicieron todo lo razonablemente posible para prevenir y perseguir las actividades delictivas cometidas en su seno, que a las que no sólo no trataron de evitar tales conductas, sino que las ampararon o fomentaron de alguna manera. La segunda, que los directivos de las personas jurídicas deben asumir su papel en la prevención de la comisión de delitos en su seno. Se parte del convencimiento de que el comportamiento de la dirección de la entidad puede reducir la probabilidad de que se cometan infracciones penales, y también reducir su impacto, revelando lo más rápido posible su existencia y colaborando con su investigación y persecución. Han de fomentarse pues estos comportamientos, y ello es precisamente lo que persiguen las *sentencing guidelines*, que permiten a estos directivos conocer que sus acciones «de buen

---

<sup>390</sup>Walsh, Charles J. y Pyrich, Alissa, «Corporate Compliance as a Defense...», cit., p. 614; Elkins, James R., «Corporations and the ...», cit., p. 659.

ciudadano» -*good citizen actions*- en este campo tendrán consecuencias en las penas que pueden ser impuestas a sus compañías<sup>391</sup>.

Siguiendo la estela de las *sentencing guidelines*, la Fiscalía Federal, en 1999, publicará una primera guía sobre qué factores han de valorarse para decidir si formular o no acusación penal contra las personas jurídicas, y entre éstos incluirá el hecho de que la entidad en cuestión tenga un *compliance program* efectivo. Este hecho, junto al anterior, cual es la incorporación de los *compliance* a las *guidelines* permite afirmar, a nuestro juicio, que de un sistema basado en la autoregulación, impuesta ante el temor de las condenas, se pasa, por la vía de los hechos, a un sistema regulado.

Cab añadir asimismo que, al margen de la previsión expresa relacionada con la existencia de los *compliance programs*, la guía de la Fiscalía, como las que le seguirán, implican también el inicio de una nueva andadura de la Fiscalía, y particularmente de la forma en la que esta ejercerá su discrecionalidad a la hora de dirigir la acción penal contra las personas jurídicas, aumentado considerablemente su capacidad de «presión» sobre éstas, para así facilitar el logro de acuerdos que permitan, por un lado, eludir el juicio, y por otro, una más fácil investigación de los hechos a través de una colaboración más activa de las propias compañías.

## **V. LA LLEGADA DEL SIGLO XXI**

### **1. La caída de los primeros gigantes**

La llegada del siglo XXI vino acompañada en los Estados Unidos del estallido de alguno de los escándalos financieros más importante de su historia. En octubre del año 2001, se produjo la quiebra de la entidad *Enron*, después de descubrirse importantes irregularidades contables; dicha entidad, en ese momento, era la séptima empresa más grande del país<sup>392</sup>. Después de ella caerían otros gigantes como *WorldCom*, uno de los proveedores de servicios de telecomunicaciones más importantes de los Estados Unidos y que daría lugar a la mayor quiebra en la historia de ese país. También en este caso, se pusieron de manifiesto graves

---

<sup>391</sup>Véase al respecto, «Corporate Crime in America: Strengthening the "Good Citizen" Corporation», en *United States Sentencing Commission: Proceedings of The Second Symposium on Crime and Punishment in The United States*, Washington D.C., septiembre, 1995, p. p. 28-30.

<sup>392</sup>Newman, David y Weissmann, Andrew, «Rethinking Criminal...», cit., p. 423.

irregularidades contables, con unas cuentas que reflejaban 9 billones de dólares de beneficios, que no se correspondían con la realidad<sup>393</sup>.

Como consecuencia de ello, se dictaron nuevas normas destinadas a prevenir en el futuro situaciones similares y, particularmente destinadas a paliar las deficiencias que se advirtieron, tanto en los sistemas internos de control financiero de las grandes compañías como en el ejercicio de un auténtico poder independiente por parte de sus órganos directivos, deficiencias que estuvieron en el origen de las infracciones cometidas tanto por *Enron* como por *WorldCom*; y que más tarde, también estarán presentes en la crisis de la auditora *Arthur Andersen*<sup>394</sup> (que se vería arrastrada por la quiebra de la primera, cuyas cuentas había auditado, y que sería acusada precisamente de destruir documentos comprometedores en relación a la misma), así como en la de la compañía aseguradora más grande del país la compañía *AIG - American International Group Inc-*, que tuvo que ser rescatada por el Gobierno con una aportación de capital de más de 85 billones de dólares<sup>395</sup>.

En Julio del 2002, el Congreso Federal aprueba la conocida como *Sarbanes-Oxley Act* que, además de establecer una serie de normas destinadas a evitar en lo sucesivo esa falta de conexión entre la situación real y la contable de las compañías, asegurando entre otras cuestiones la objetividad de los auditores y el mejor funcionamiento de los mecanismos públicos de control, criminaliza nuevas conductas y aumenta considerablemente las penas en caso de fraude o conspiración para ello; dirigiéndose asimismo a la Comisión encargada de la elaboración y modificación de las *Sentencing guidelines*, para que estas normas también fueran revisadas<sup>396</sup>.

---

<sup>393</sup>Véase al respecto, Brickey, Kathleen F., «Enron's Legacy», 8 *Buff. Crim. L. Rev.* 221 (2004), p. 226.

<sup>394</sup>Laufer, William S., *Corporate Bodies and Guilty...*, cit., p. 39.

<sup>395</sup>Un estudio detallado sobre la quiebra de esta compañía puede encontrarse en Sjostrom, William K. Jr, «The AIG Bailout», 66 *Wash. & Lee L. Rev.* 943 (2009), p. p. 943-991.

Según informaba el diario *El País* el 12 de diciembre de 2012, el Tesoro de Estados Unidos había anunciado en esa fecha que se desprendía del último remanente de acciones que tenía en la compañía AIG, de manera que salía definitivamente de su capital, lo que hacía con un beneficio del 12 % sobre su inversión inicial, calculándose que el contribuyente había ganado con su rescate un total de 17.500 millones de dólares. Ya desde de septiembre de ese año, con la venta de un total de 18.000 millones de dólares en acciones, había dejado de ser el accionista mayoritario de la compañía.

<sup>396</sup>Brickey, Kathleen F., «Enron's...», cit., p. p. 231- 232.

Un año antes, el Presidente Bush había firmado la *USA Patriot Act*, que añade varias disposiciones a la *Bank Secrecy Act*, para facilitar la prevención y el castigo del blanqueo internacional de capital y la financiación del terrorismo. Así, se exige a las entidades financieras mayores controles en la identificación de ciertos clientes; quedando obligadas, por otro lado, a cumplimentar un informe, el denominado *Suspicious Activity Report* (SAR), cuando detecten una operación cuyos fondos pudieran tener un origen ilícito. Véase, Rakoff, Jed S. y Sack, Jonathan S., *Federal Corporate Sentencing: Compliance...*, cit., § 5.02 (versión electrónica).

Pero además, paralelamente, los gobiernos estatal y federal aumentaron considerablemente los recursos, tanto de la Fiscalía como de la Policía y demás agencias de investigación, para la persecución de los delitos cometidos en el seno de personas jurídicas, especialmente de los *White Collar Crimes*<sup>397</sup>. En el año 2002, se crea la denominada *Corporate Fraud Task Force*, cuyo objetivo es precisamente apoyar los esfuerzos del Departamento de Justicia y de las agencias federales, estatales y locales, para la investigación y persecución de los denominados delitos financieros, coordinando y dirigiendo los procedimientos más importantes, la recuperación de las ganancias procedentes de los mismos y la imposición de castigos justos y efectivos para sus autores<sup>398</sup>.

En su primer año de trabajo, esta «fuerza especial», dirigida por el Fiscal General del Estado, y de la que también formaban parte el Director del FBI, además de un grupo nutrido de fiscales<sup>399</sup>, actuó en más de trescientas investigaciones penales por fraudes, que culminaron con unas 250 condenas por delitos relacionados con los mismos<sup>400</sup>.

Se produjo pues en esos primeros años de este siglo, un impulso importante en la persecución penal de las personas jurídicas<sup>401</sup>.

Paralelamente, en el año 2004, se modifican *las sentencing guidelines* clarificando los criterios que deben cumplir los programas de *compliance* para que puedan ser calificados de efectivos y, en consecuencia, rebajar la pena. Porque las entidades, dice el nuevo texto, deben promover «an organizational culture that encourages ethical conduct and a commitment to compliance with the law»<sup>402</sup>. Lo peor, sin embargo, estaba aún por llegar.

---

<sup>397</sup>Newman, David y Weissmann, Andrew, «Rethinking Criminal...», cit., p. 423.

<sup>398</sup>Véase al respecto, Nanda, Ve. P., «Corporate Criminal Liability in The United States: Is a New Approach Warranted?», 58 *Am. J. Comp. L.*, 605 (2010), p. 607; también, Brickey, Kathleen F., «Enron's...», cit., p. p. 229-230.

<sup>399</sup>Brickey, Kathleen F., «Enron's...», cit., p. p. 229-230.

<sup>400</sup>Brickey, Kathleen F., «Enron's...», cit., p. 230

<sup>401</sup>Podgor, Ellen S., «A New Corporate World mandates a Good Faith Affirmative», 44 *Am. Crim. L. Rev.* 1537 (2007), p. 1537; también, Nanda, Ve. P., «Corporate Criminal Liability...», cit., p. 607, que califica de «agresiva» la actitud de los Fiscales Federales en este campo, a partir de entonces.

<sup>402</sup>Véase, Rakoff, Jed S. y Sack, Jonathan S., *Federal Corporate Sentencing: Compliance...*, cit., § 5.02 (versión electrónica).

## 2. La crisis financiera global

En septiembre de 2008, estalla en los Estados Unidos la mayor crisis financiera desde la Gran Depresión. La caída de *Lehman Brothers* simboliza el principio de esta crisis, que se extendería rápidamente al resto del mundo, dando lugar a una de las crisis económicas globales más profundas que se recuerdan. Cuyo origen, aunque sin duda complejo, se sitúa en gran medida en los excesos cometidos por todo tipo de instituciones financieras, que se habían multiplicado considerablemente, como los productos financieros y de inversión que ofrecían, y ello en un mercado cada vez más amplio, que carecía a su vez de una regulación lo suficientemente clara y transparente para evitar los abusos<sup>403</sup>.

El mercado financiero había sufrido un proceso de desregularización, que había empezado en los años 90, con la derogación de muchos de los principios normativos que habían inspirado las normas que se publicaron después del *crash* del 29<sup>404</sup>. Esta desregularización vino acompañada de la inactividad de los organismos reguladores ante determinadas prácticas bancarias<sup>405</sup>. Organismos reguladores que, como los políticos, habían sido «capturados» por los grandes bancos, poniendo de plena actualidad las teorías de George Stigler y de la Escuela de Chicago, según las cuales el regulador termina «capturado» por el regulado, sea porque el primero suele terminar sus días en la gran empresa o banco que antes regulaba, sea por las contribuciones que los segundos hacen a los políticos y reguladores o a instituciones académicas y científicas para que realcen las virtudes de un sistema económico y jurídico desregulado<sup>406</sup>.

Concretamente, respecto a los productos relacionados con las hipotecas, que estuvieron en el epicentro de la crisis<sup>407</sup>, el fin de la regulación garantista y de protección del consumidor

---

<sup>403</sup>Véase al respecto, Barrf, Michael S., «The Financial Crisis and the Path of Reform», 29 *Yale J. on Reg.* 91 (2012), p. 92.

<sup>404</sup>Véase sobre el particular, Ballbé, Manuel, «La crisis financiera causada por la “deregulation” del derecho administrativo norteamericano. El conflicto competencial entre Washington y los Estados para el (des) control de las hipotecas depredadoras: las sentencias de la Corte Suprema *Watters v. Wachovia Bank* de 2007 y *Cuomo v. Clearing House* de 2009», en García de Enterría, E. y Alonso García, R. (coord.), *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial: Liber amicorum Tomás Ramón Fernández*, vol. 2, ed. Civitas, 2012, p. p. 3708-3736, *passim*.

<sup>405</sup>Barrf, Michael S., «The Financial Crisis.....», cit., p. 92.

<sup>406</sup>Ballbé, Manuel, «La crisis financiera causada por la “deregulation” ...», cit., p. 3728.

<sup>407</sup>En los Estados Unidos, desde el año 2000, las hipotecas de todo tipo (incluidas las denominadas hipotecas *subprime*, que se conceden a intereses más altos porque sus clientes no acreditan su solvencia y pueden tener dificultades para pagarlas; y las hipotecas «depredadoras», en las que se oculta deliberadamente información con prácticas abusivas, que resultan en concesión de préstamos, a sabiendas de que no se van a poder cobrar), se titularizaron accionarialmente a través de distintos productos financieros como los denominados *Credit Default*

hipotecario vino de la mano de Allan Greenspan que, durante su mandato como Presidente de la Reserva Federal, desde 1987 a 2006, se mostró claramente partidario de un mercado sin restricciones, capaz de crear así un mayor grado de riqueza; de manera que, a pesar de que la Reserva Federal tenía competencias para supervisar, controlar y prevenir determinadas practicas fraudulentas relacionadas con estos productos, que venían siendo denunciadas por determinadas administraciones estatales, no hizo nada para evitarlo<sup>408</sup>.

Como respuesta a esta crisis, al margen de la adopción, por parte del Gobierno Federal de los Estados Unidos de medidas sin precedentes para salvar algunas entidades financieras y estabilizar los mercados<sup>409</sup>, el Congreso aprueba en el año 2010 la conocida como *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, que contiene, de nuevo, toda una serie de normas dirigidas, en definitiva, a aumentar la regulación de los mercados financieros y de las entidades que en ellos operaban, así como la protección de los inversores. Para ello, se crean o

---

*Swaps*, una especie de seguros de impagos de la hipotecas, que los bancos revendían a un tercero en un nuevo mercado de derivados. Se trata de un mercado de futuros desregularizado, privado y fuera de control de las entidades reguladoras. Véase al respecto, Ballbé, Manuel, «La crisis financiera causada por la “deregulation”...», cit. p. 3711; también sobre el funcionamiento de estos productos financieros, véase, Sjostrom, William K. Jr., «The AIG...», cit., p. p. 947-952.

<sup>408</sup>Ballbé, Manuel, «La crisis financiera causada por la “deregulation”...», cit., p. 3714. También sobre las causas que condujeron a la crisis financiera de estos años, véase, Biegelman, Martin T. y Bartow, Joel T., *Executive Roadmap to Fraud Prevention and Internal Control: Creating a Culture of Compliance*, 2ª ed., 2012, p.p. 205-230. Explica este autor con detalle los factores que confluyeron en lo que denomina *Great Panic* y cuál fue la actitud del Gobierno Federal ante aquellas entidades financieras que se consideraron entonces, erróneamente, *too big to fail*.

<sup>409</sup>A través del denominado *Troubled Asset Relief Program* (TARP), creado por la *Emergency Economic Stabilization Act* de 2008, el Gobierno Federal gastó cerca de 700 billones de dólares en apoyar y rescatar el mercado financiero, Rakoff, Jed S. y Sack, Jonathan S., *Federal Corporate Sentencing: Compliance...*, cit., § 5.02. (versión electrónica).

El 21 de agosto de 2014, el Fiscal General, Eric Holder, anunciaba que el Departamento de Justicia había alcanzado con el *Bank of America* (una de las entidades financieras más importantes del país), un acuerdo -que se califica como el más importante alcanzado hasta ese momento con una sola entidad- para poner fin a todas las reclamaciones civiles que las autoridades federales y estatales habían formulado contra dicha entidad por la comercialización de determinados productos financieros, entre ellos, las denominadas «hipotecas basura». En virtud de dicho acuerdo, la entidad se comprometía a abonar un total de 16.65 billones de dólares. Esta cantidad incluía el pago de la sanción correspondiente, de conformidad con la *Financial Institutions Reform, Recovery and Enforcement Act*, así como fondos destinados a refinanciar o condonar ciertos préstamos hipotecarios. El acuerdo incluía asimismo una declaración en la que la entidad financiera reconocía expresamente que había comercializado billones de dólares en productos financieros, en los que se titulizaban prestamos hipotecarios, sin revelar a los inversores la calidad de estos últimos. Véase la información facilitada al respecto, por el Departamento de Justicia, y disponible en <http://www.justice.gov/opa/pr/2014/August/14-ag-884.html>, donde también se puede consultar el contenido completo del acuerdo.

Un mes antes, se había alcanzado un acuerdo similar con la entidad *Citigroup Inc.* que, como el anterior, incluía el pago de una cantidad en concepto de multa y la obligación de destinar fondos para prestar asistencia a las personas afectadas por la venta de los productos tóxicos. Véase la información facilitada al respecto por el Departamento de Justicia y disponible en <http://www.justice.gov/opa/pr/2014/July/14-ag-733.html>, donde también se puede consultar el contenido completo del acuerdo.

Otro acuerdo similar se cerró en noviembre de 2013 con la entidad *JP Morgan*, por importe de más de 600 billones de dólares, por no haber informado debidamente a sus inversores de las características de este tipo de hipotecas. En este caso, la información facilitada por el Departamento de Justicia puede encontrarse en <http://www.justice.gov/opa/pr/2013/November/13-ag-1237.html>.

unifican organismos reguladores en este sector, se multiplica la normativa a cumplir para todos sus intervinientes en busca de la ansiada claridad y transparencia o se regula un procedimiento único para la liquidación de entidades financieras fallidas<sup>410</sup>.

También, y como ocurrió en el caso de la *Sarbanes-Oxley Act* del año 2002, esta norma crea nuevos delitos federales, relacionados en esta ocasión, con el sector financiero, y se aumentan considerablemente las penas previstas para los ya existentes, con un nuevo llamamiento a la *United States Sentencing Commission* para que realice las necesarias modificaciones en la *sentencing guidelines*.

Las grandes compañías pues, ahora del sector financiero, vuelven a estar en el punto de mira del Derecho Penal. A estas, como en general a todas las personas jurídicas, se les continúa aplicando, en la jurisdicción federal, para exigirles responsabilidad penal, la doctrina del *respondeat superior*, a cuyos criterios de imputación se verán sometidas si finalmente van a juicio; algo que, como veremos en su momento, no ocurre en la mayoría de los casos, donde alcanzan acuerdos con la Fiscalía para evitar este trámite. Estos acuerdos se han convertido de hecho en un pieza clave del sistema porque a través de ellos no sólo se aceptan responsabilidades a cambio de rebajas de pena, sino que pueden imponerse condiciones que impliquen cambios en la dirección y en la regulación interna de las persona jurídicas.

En cualquier caso, más de cien años de precedentes judiciales consagrando la doctrina del *respondeat superior* no han evitado la existencia de críticas; críticas procedentes tanto de la doctrina<sup>411</sup>, partidaria en ocasiones de hallar otros posibles fundamentos de la responsabilidad

---

<sup>410</sup>Sobre el particular, Barrf, Michael S., «The Financial Crisis...», cit., p. p. 93-108.

Esta norma también prevé compensaciones económicas para el denominado *whistleblower*, esto es, para aquel empleado que denuncie irregularidades internas. Véase al respecto, Banoun R., Lewis E. F., Guerin Thomas M. y Turza, Dale D., «2011- A Year in review», en *The State of Criminal Justice*, 2012, American Bar Association. Criminal Justice Section, mayo, 2012, p. 120; también Funk, T. Markus y Clark. Assad H., «Whistleblowers: The SEC releases whistleblowers bounty rules- so now that?», en *The State of Criminal...*, cit., p. p. 129-146.

<sup>411</sup>Véase, Schwartz, Irwin, «Toward Improving the Law and Policy of Corporate Criminal Liability and Sanctions», 51 *Am. Crim. L. Rev.* 99 (2014); Gallo, John N. y Greenfield, Daniel M., «Corporate Criminal Defendant's Illusory Right to Trial: A Proposal for Reform», 28 *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y* 525 (2014); Stewart, James G., «A Pragmatic Critique of Corporate Criminal Theory: Lesson from the Extremity», 16 *New Crim. L. R.* 261 (2013); Evans, Cheryl L., «The Case for more Rational Corporate Criminal Liability: Where do we go from here?», 41 *Stetson L. Rev.* 21 (2011); Bucy, Pamela H., «Corporate Criminal Liability, When does it make sense?», 46 *Am. Crim. L. Rev.* 1437 (2009); Laufer, William S., *Corporate Bodies and Guilty...*, cit.; Newman, David y Weissmann, Andrew, « Rethinking Criminal...», cit.; Khanna, V.S., «Corporate Criminal Liability: What Purpose...», cit.; Weissmann, Andrew, «A New Approach To Corporate Criminal Liability», 44 *Am. Crim. Law*, 1319 (2007); Hamdani, Assaf y Klement Alon, «Corporate Crime and Deterrence», 61 *Stan. L. Rev.* 271 (2008); Orland, Leonard, «Transformation of Corporate Criminal Law», 1 *Brook. J.Corp. Fin. & Com. L.* 45 (2006); Khanna, V.S., «Corporate Liability Standards: When a Corporation be held Criminally Liable?», 37 *Am. Crim. L. Rev.* 1239 (2000); Lederman,

penal de la persona jurídica, como de los profesionales y de la propia comunidad empresarial<sup>412</sup>.  
Luego volveremos sobre alguna de estas críticas y algunas de las alternativas propuestas.

---

Eli, «Models for Imposing Corporate Criminal Liability: From Adaptation and Imitation Toward Aggregation and the Search for Self-Identity», 4 *Bu. Crim. L. Rev.* 641 (2000); Walt, Steven y Laufer, William S., «Why Personhood Doesn't Matter: Corporate Criminal Liability and Sanctions», 18 *Am. J. Crim. L.*, 263 (1990).

<sup>412</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., p. 21.





## **PARTE II. EL MODELO FEDERAL DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**

### **CAPÍTULO TERCERO. LA JURISDICCIÓN FEDERAL Y LOS DELITOS FEDERALES**

#### **I. INTRODUCCIÓN**

De conformidad con lo expuesto en la primera parte de este trabajo, en los Estados Unidos de América el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene más de un siglo y nunca ha afrontado las dificultades dogmáticas propias de otros países ajenos al sistema de *common law*.

Al contrario, este reconocimiento, así como su plasmación jurisprudencial, se ha visto impregnado, como ocurre en otros ámbitos, por un pragmatismo desconocido desde nuestra perspectiva, que le ha impulsado desde un principio y continúa haciéndolo en la actualidad; sin que ello haya impedido, a su vez, un debate jurídico serio y rico sobre la cuestión nacido, en gran medida, de la aceptación de las propias limitaciones del modelo y su necesidad de mejora.

Este debate constante y, en general, una mayor flexibilidad del sistema penal y procesal penal, ha permitido encontrar soluciones a muchos de los problemas que, con carácter general, plantea la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Estas soluciones, aun cuando no parten de nuestras categorías dogmáticas, son sumamente interesantes y pueden inspirar el camino a seguir, en este campo, en nuestro propio ordenamiento.

Al estudio de las claves del modelo de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas dedicaremos la segunda parte de este trabajo. Concretamente, nos centraremos en el examen del modelo propio de la Jurisdicción Federal; lo que exige realizar una serie de consideraciones previas sobre el ámbito de esta Jurisdicción, su relación con las Jurisdicciones estatales y el papel reservado al Legislador federal.

#### **II. LA JURISDICCIÓN ESTATAL Y FEDERAL**

##### **1. El legislador estatal. La decimocuarta Enmienda**

De conformidad con la organización territorial de los Estados Unidos, hemos de diferenciar entre el Estado Federal y los distintos Estados que lo conforman. Estos últimos tienen

capacidad legislativa en todas aquellas materias que no estén reservadas al Estado Federal, lo que les capacita para dictar normas penales y procesales.

Esto supone que tanto el Derecho Penal sustantivo como el Derecho Procesal Penal difieren de manera importante entre uno y otro Estado, pues en ambos campos el legislador estatal disfruta de un importante margen de actuación.

Ahora bien, en el ejercicio de su capacidad legislativa, el legislador estatal deberá respetar en todo caso los límites que se deriven de los derechos consagrados en la *Bill of Rights*, esto es, en la Carta de Derechos de la Constitución de los Estados Unidos, reflejada en las Diez Primeras Enmiendas.

En este punto cabe recordar que, en un primer momento, estas normas, aprobadas en el año 1791, surgieron para limitar exclusivamente el poder del nuevo Estado Federal<sup>413</sup>, pero, poco a poco, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal fue extendiendo su aplicación a las jurisdicciones estatales, y ello a través de su incorporación al derecho al proceso debido consagrado en la Decimocuarta Enmienda, aprobada en 1868.

En esta Enmienda, y en palabras del Tribunal Supremo, en la sentencia dictada en el caso *McDonalds v Chicago*<sup>414</sup>, se deben entender incluidos aquellos derechos y garantías de la Carta de Derechos que puedan considerarse fundamentales para el concepto de libertad y de sistema de justicia que sustenta la nación -*Fundamental to our Nation's particular scheme of ordered liberty and system of justice*-; lo que ha supuesto, como reconoce el propio Tribunal en esta resolución, que prácticamente todos los derechos y garantías consagradas en la Carta de Derechos hayan resultado finalmente aplicables a los Estados.

Así, por ejemplo, si un Estado aprobara una norma penal en la que se impusiera la pena de muerte por un hurto, dicha norma sería inconstitucional por vulnerar la Octava Enmienda, que prohíbe los castigos crueles e inusuales, que, como hemos dicho, resulta aplicable a los Estados a través de la Decimocuarta Enmienda<sup>415</sup>.

---

<sup>413</sup>Emanuel, Steven L., *Criminal Procedure*, 29ª ed., 2012, p. 2.

<sup>414</sup>*McDonald v. Chicago*, 561 U.S. 3025 (2010). En esta resolución se discutía si el derecho a llevar armas consagrado en la Segunda Enmienda debía también ser respetado por los Estados.

<sup>415</sup>Véase al respecto, Emanuel, Steven L., *Criminal Law*, cit., p. 4.

Como dijimos en su momento, esta última Enmienda es aplicable a las personas jurídicas, que, a estos efectos, tienen la consideración de personas<sup>416</sup>.

## 2. El Legislador federal. La Federalización del Derecho Penal

El Estado Federal ejerce su capacidad legislativa a través del Congreso y en aquellas materias que son de su competencia por afectar a intereses federales, los cuales se enumeran en la sección octava del artículo 1 de la Constitución de los Estados Unidos. En el ejercicio de estas competencias legislativas, el legislador federal puede aprobar normas penales *-federal criminal statutes-*. En ellas se incluyen los denominados delitos federales<sup>417</sup>.

---

Algunos casos conocidos en los que el Alto Tribunal se ha debido pronunciar sobre la posible inconstitucionalidad de determinadas normas penales estatales son: *Ewing v. California*, 538 U.S. 11, 28 (2003), donde el Tribunal, después de declarar que él no es una especie de «superlegislador»- «we do not sit as a "superlegislature" to second-guess these policy choices»-, consideró que una ley del Estado de California que imponía prisión perpetua a aquellos que hubieran cometido su tercer delito (uno de ellos grave) estaba justificada y no violaba la Octava Enmienda. Para el Tribunal Supremo, la exigencia de proporcionalidad entre el delito y la pena, que deriva de esta norma no impedía al Estado de California optar por «incapacitar» a aquellos criminales que ya hubieran sido condenados al menos por un delito grave. En *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), por su parte, el Tribunal Supremo sí consideró inconstitucional una norma penal del Estado de Tejas que calificaba como delito las relaciones sexuales entre hombres; considerando que la misma, tratándose de persona adultas, como era el caso, vulneraba su derecho a la libertad.

<sup>416</sup>El Derecho Penal y Procesal Penal, emanado, con las limitaciones expuestas, de los legisladores estatales, es aplicado a su vez por los Tribunales de Justicia de cada uno de los Estados que, de ordinario, están constituidos por los siguientes órganos: los *Trial Courts*, esto es, los Tribunales encargados de enjuiciar en primera instancia los delitos de su competencia, es decir, los que no estén reservados a los Tribunales Federales; los denominados *Intermediate Appellate Courts*, que serán competentes para conocer de los recursos de apelación contra las sentencias dictadas por los anteriores; y por último el Tribunal Supremo Estatal, que es la máxima autoridad judicial en cada Estado, sin perjuicio de las competencias que corresponden al Tribunal Supremo Federal.

Un cuadro comparativo muy interesante sobre el sistema judicial federal y estatal, que incluye una comparación de la estructura, el sistema de elección de los jueces, y los casos que corresponden a cada uno de ellos se puede consultar en:  
<http://www.uscourts.gov/EducationalResources/FederalCourtBasics/CourtStructure/ComparingFederalAndStateCourts.aspx>.

<sup>417</sup>Dice la Sección octava del artículo primero de la Constitución Americana: «The Congress shall have power to lay and collect taxes, duties, imposts and excises, to pay the debts and provide for the common defense and general welfare of the United States; but all duties, imposts and excises shall be uniform throughout the United States; To borrow money on the credit of the United States; To regulate commerce with foreign nations, and among the several states, and with the Indian tribes; To establish a uniform rule of naturalization, and uniform laws on the subject of bankruptcies throughout the United States; To coin money, regulate the value thereof, and of foreign coin, and fix the standard of weights and measures; To provide for the punishment of counterfeiting the securities and current coin of the United States; To establish post offices and post roads; To promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries;

To constitute tribunals inferior to the Supreme Court; To define and punish piracies and felonies committed on the high seas, and offenses against the law of nations; To declare war, grant letters of marque and reprisal, and make rules concerning captures on land and water; To raise and support armies, but no appropriation of money to that use shall be for a longer term than two years; To provide and maintain a navy; To make rules for the government and regulation of the land and naval forces; To provide for calling forth the militia to execute the laws of the union, suppress insurrections and repel invasions; To provide for organizing, arming, and disciplining, the militia, and for governing such part of them as may be employed in the service of the United States, reserving to the states respectively, the appointment of the officers, and the authority of training the militia according to the discipline prescribed by Congress; To exercise exclusive legislation in all cases whatsoever, over such District (not exceeding ten miles square) as may, by cession of particular states, and the acceptance of Congress, become the seat of the

La importancia y crecimiento del Derecho Penal federal ha sido imparable desde finales del siglo XIX, dando lugar a un fenómeno, que continúa en la actualidad, y que los autores han denominado como federalización del Derecho Penal<sup>418</sup>.

En efecto, en un principio, el papel reservado al Derecho emanado del Congreso era poco relevante y estaba dirigido, o a proteger intereses federales que se consideraban claves o a perseguir delitos comunes cometidos en enclaves federales<sup>419</sup>. No obstante, desde finales de la Guerra Civil, su papel comienza a ganar importancia, impulsado, por un lado, por la necesidad de proteger los derechos civiles de todos los ciudadanos del país, para lo que se aprueban normas federales que imponen responsabilidad penal ante determinados comportamientos que vulneran estos derechos<sup>420</sup>; y por otro, por el crecimiento imparable de la economía, al hilo del desarrollo de los transportes y el comercio<sup>421</sup>, donde pronto será evidente que los intereses en juego superan las fronteras estatales.

Desde entonces, y particularmente a partir de los años 70 y 80 del siglo pasado, este crecimiento no ha cesado y se ha visto reforzado, en gran medida, por una interpretación amplia de la denominada *commerce clause* o *commerce power*, que ha dado cobertura a la publicación de muchas de las leyes federales, en las que se tipifican los denominados *White Collar Crimes*<sup>422</sup>.

---

government of the United States, and to exercise like authority over all places purchased by the consent of the legislature of the state in which the same shall be, for the erection of forts, magazines, arsenals, dockyards, and other needful buildings;--And To make all laws which shall be necessary and proper for carrying into execution the foregoing powers, and all other powers vested by this Constitution in the government of the United States, or in any department or officer thereof».

<sup>418</sup>Brickey, Kathleen F., «Criminal Mischief: The Federalization of American Criminal Law», 46 *Hastings L.J.* 1135 (1995); Maroney, Thomas J., «Fifty Years of Federalization of Criminal law: Sounding the Alarm or "crying Wolf"», 50 *Syracuse L. Rev.* 1317 (2000). Véase también el informe elaborado al respecto en 1998 por la *American Bar Association*, bajo el título, *Report on the Federalization of Criminal Law*.

<sup>419</sup>Brickey, Kathleen F., «Criminal Mischief: The Federalization...», cit., p. 1138.

<sup>420</sup>Algunas de estas normas permitirán igualmente a la Jurisdicción Federal asumir la competencia para juzgar determinados delitos estatales cuando ciertos derechos de los ciudadanos no sean respetados en el territorio del Estado, o los Tribunales estatales no puedan asegurar su efectividad. Véase al respecto, Brickey, Kathleen F., «Criminal Mischief: The Federalization...», cit., p. 1140.

Sobre el papel de la justicia federal en la defensa de los derechos civiles, particularmente, en la defensa de los derechos de los afroamericanos en los Estados del Sur, véase, Stuntz, William J., *The Collapse of American Criminal Justice*, cit., p. 99-128.

<sup>421</sup>Brickey, Kathleen F., «Criminal Mischief: The Federalization...», cit., p. 1139-1140.

<sup>422</sup>Strader, Kelly J., *Understanding White Collar...*, cit., p. 6. Existen miles de normas federales en las que se incluyen delitos de todo tipo. Un funcionario del Departamento de Justicia trató de fijar su número en los años 80, y concluyó: «You could have died and resurrected three times and still have no answer». Garret, Brandon L., *Too Big to Jail. How Prosecutors compromise with Corporations*, Harvard University Press, 2014, p. 36.

Por *commerce clause* o *commerce power* se conoce a una de las disposiciones contenidas en la sección octava del artículo primero de la Constitución, según la cual, corresponde al Estado Federal la regulación del comercio con naciones extranjeras, entre los distintos Estados o con las tribus indias -*commerce with foreign nations, and among the several states, and with the Indian tribes*-. Al amparo de esta cláusula, según ha declarado el Tribunal Supremo Federal<sup>423</sup>, el Congreso puede: regular el uso de los canales del comercio interestatal; regular y proteger, aunque la amenaza provenga de actividades desarrolladas dentro de los Estados, a los instrumentos de dicho comercio o las personas o cosas que en él intervenga; y, en tercer lugar, y esta es la posibilidad de mayor relevancia, regular aquellas actividades que pueda afectar sustancialmente al comercio interestatal<sup>424</sup>. Con respecto a esta última posibilidad ha de descartarse que el Congreso puede aprobar normas destinadas a determinados aspectos no estrictamente «comerciales» de una determinada actividad, si razonablemente puede concluirse que el hecho de no hacerlo puede afectar al éxito de la regulación en su conjunto<sup>425</sup>.

Esta norma constitucional, así interpretada, ha permitido que el legislador federal apruebe en materia penal las más variadas normas. Desde aquellas destinadas a perseguir la corrupción, el blanqueo de capitales o los delitos medioambientales, hasta las relacionadas con el crimen organizado, con las drogas o incluso con determinados crímenes violentos con respecto a los cuales se ha declarado esa afectación al comercio interestatal<sup>426</sup>; y ello, aunque, en principio, se trate de conductas «simplemente locales», siempre que constituyan un «tipo de actividad» que el Congreso, previamente, haya considerado que merece su intervención por su impacto en el comercio<sup>427</sup>.

Es fácil concluir, a la vista de lo expuesto, que las fricciones entre el legislador estatal y el federal son frecuentes.

---

<sup>423</sup>*Perez v. United States*, 402 U.S. 146, 154 (1971); *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995).

<sup>424</sup>Declara el Tribunal Supremo en *United States v. Lopez*: «First, Congress may regulate the use of the channels of interstate commerce.” 514 U.S., at 558 (citing *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States*, 379 U.S. 241, 256 (1964); *United States v. Darby*, 312 U.S. 100, 114 (1941)). “Second, Congress is empowered to regulate and protect the instrumentalities of interstate commerce, or persons or things in interstate commerce, even though the threat may come only from intrastate activities.” 514 U.S., at 558 (citing *Shreveport Rate Cases*, 234 U.S. 342 (1914); *Southern R. Co. v. United States*, 222 U.S. 20 (1911); *Perez*, *supra*, at 150). “Finally, Congress’ commerce authority includes the power to regulate those activities having a substantial relation to interstate commerce,...i.e., those activities that substantially affect interstate commerce”».

<sup>425</sup>Emanuel, Steven L., *Constitucional Law*, 29ª ed., 2011, p. p. 40-41.

<sup>426</sup>Maroney, Thomas J., «Fifty Years of Federalization...», cit. p. p. 1326-1328.

<sup>427</sup>Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar Crime...*, cit., p. 5.

A este respecto, cabe destacar tres precedentes muy importantes del Tribunal Supremo Federal en los que este órgano se ha pronunciado sobre la competencia del legislador federal para, concretamente, crear delitos federales al amparo de esta cláusula constitucional.

El primero de ellos es la sentencia dictada en el caso ya citado, *United States v. Lopez*<sup>428</sup>, que expone la doctrina general sobre el particular. En el supuesto analizado en esta resolución, el recurrente había sido condenado, en primera instancia, a seis meses de prisión y dos años de libertad vigilada por portar un arma de fuego en una escuela del Estado de Texas; y ello de conformidad con las disposiciones contenidas en la conocida como *Gun Free School Zones Act de 1990*, según la cual, constituía un delito federal estar en posesión de un arma de fuego en un lugar donde la persona conociera o pudiera conocer que se hallaba dentro de una zona escolar. Esta condena fue revocada en apelación al considerar el Tribunal que el legislador federal se había excedido al crear este delito, al amparo de la *commerce clause*. El Tribunal Supremo Federal confirmó este pronunciamiento, y tras establecer, con carácter general, qué materias podía regular el legislador federal de conformidad con esta norma, declaró, respecto al supuesto concreto analizado, que dicho legislador carecía de competencias para regular la introducción y posesión de armas en las escuelas locales porque ello, frente a los argumentos del Gobierno, no tenía ninguna incidencia en la actividad económica, y por tanto, en esta materia, no se podían crear delitos federales.

En el mismo sentido, pero con relación a otra materia, se pronunciaría el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en el caso *United States v. Morrison*<sup>429</sup>, donde rechazó que cualquier delito violento pudiera convertirse en un delito federal, si no existía esa incidencia de la actividad criminal en la vida económica; incidencia que no se apreció en el caso de autos, relacionado con un supuesto de violencia doméstica.

En sentido contrario, esto es, amparando la competencia del legislador federal bajo el paraguas de la *commerce clause*, se pronunció el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en el caso *Gonzales v. Raich*<sup>430</sup>. En ella, se planteó la constitucionalidad de la denominada *Controlled Substances Act (CSA)*, norma federal, integrada en la *Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act de 1970*, según la cual, la posesión y producción de determinadas

---

<sup>428</sup>*United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 558-59 (1995).

<sup>429</sup>*United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000).

<sup>430</sup>*Gonzales v. Raich*, 545 U.S. 1 (2005).

sustancias, entre ellas, la marihuana, son constitutivas de delito. La posible inconstitucionalidad de esta norma se planteó ante la contradicción que existía entre ella y una ley aprobada por el Estado de California, la denominada *California's Compassionate Use Act*, que permitía el cultivo de esta sustancia para uso individual y medicinal. En esta resolución, el Tribunal Supremo sí consideró que la norma federal cuestionada regulaba claramente actividades de naturaleza económica, como era, la producción, distribución y consumo de determinados bienes, para lo que existía un lucrativo mercado interestatal; y que por tanto el legislador federal podía prohibir el cultivo local y el uso terapéutico de ellos y, entre éstos, el de la marihuana<sup>431</sup>.

En la actualidad es difícil conocer el número exacto de delitos federales que existen, que están dispersos en el *United States Code* y en otras miles de normas. Si bien existe un cierto consenso relativo a que tales delitos podrían superar los 3.000<sup>432</sup>.

Cabe indicar, por otro lado, que muchas de estas infracciones también están previstas como tales en la legislación estatal que ha seguido, en algunos ámbitos y especialmente de los delitos económicos, la estela del Derecho Penal federal<sup>433</sup>. Cuando ello sea así, de conformidad con la doctrina de la *dual sovereignty*, el mismo delito podrá perseguirse en ambas jurisdicciones, salvo que las leyes que lo regulen en una u otra dispongan lo contrario<sup>434</sup>, y sin que ello vulnere la *doble jeopardy clause*<sup>435</sup>, esto es, y en síntesis, el derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos.

---

<sup>431</sup>En general sobre cómo ha evolucionado la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal en la interpretación de la *commerce clause*, véase, Attanasio, John B. y Goldstein, Joel K., *Understanding Constitutional Law*, 4ª ed., 2012, p. p. 127-154, y p. p. 195-224. También, Emanuel, Steven L., *Constitutional Law*, cit., p. p. 19-56.

<sup>432</sup>Maroney, Thomas J., «Fifty Years of Federalization...», cit., p. 1329.

<sup>433</sup>Strader, Kelly J., *Understanding White Collar...*, cit., p. 5.

<sup>434</sup>Strader, Kelly J., *Understanding White Collar...*, cit., p. 5.

<sup>435</sup>Declaró el Tribunal Supremo Federal en *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. (1959), confirmando esta doctrina: «Constitutional challenge to successive state and federal prosecutions based upon the same transaction or conduct is not a new question before the Court, though it has now been presented with conspicuous ability. [n9] The Fifth [p129] Amendment's proscription of double jeopardy has been invoked and rejected in over twenty cases of real or hypothetical successive state and federal prosecution cases before this Court. While *United States v. Lanza*, 260 U.S. 377, was the first case in which we squarely held valid a federal prosecution arising out of the same facts which had been the basis of a state conviction, the validity of such a prosecution by the Federal Government has not been questioned by this Court since the opinion in *Fox v. Ohio*, 5 How. 410, more than one hundred years ago». Véase, White, Thomas, «Limitations imposed on the Dual Sovereignty Doctrine by Federal and State Governments», 38 *N. Ky. L. Rev.* 173 (2011), p. p. 173-174.

Según la Constitución de los Estados Unidos, tanto los Estados como el Estado Federal son soberanos. Por ello, y este sería el fundamento de la doctrina de la *Dual sovereignty*, tienen derecho a aplicar sus propias normas que, además persiguen intereses diversos. La doctrina de Tribunal Supremo admite al respecto muy pocas excepciones, que son interpretadas además restrictivamente. Véase, White, Thomas, «Limitations imposed on the Dual Sovereignty Doctrine...», cit., p. p. 174-183.

Uno de los ejemplos más recientes de los efectos de la aplicación de esta doctrina fue el caso de Rodney King, que murió por los golpes que le propinaron varios policías de la ciudad de Los Angeles en 1991. Los agentes



A lo expuesto cabe añadir dos precisiones. La primera que, por razones de política criminal, el Gobierno Federal perseguirá una conducta después de que lo haya hecho el Estatal en raras ocasiones. Entre ellas, cuando el inicio de un nuevo proceso ante la Jurisdicción Federal permita proteger un interés de esta naturaleza<sup>436</sup>. La segunda que, de ordinario, los delitos económicos complejos se enjuician exclusivamente en la Jurisdicción Federal, y ello por dos razones fundamentales: la primera porque este tipo de actividades, normalmente, cruzan las fronteras estatales; y la segunda porque, debido a esa complejidad, su investigación y persecución exige unos medios de los que carecen los Estados<sup>437</sup>.

### 3. Los Tribunales Federales

La Jurisdicción federal se compone de los siguientes Tribunales:

*Los U.S District Courts.-*

Son los órganos de primera Instancia, ante lo cuales se constituye el Jurado<sup>438</sup>. Existen unos noventa y cuatro Tribunales de esta naturaleza, al menos uno por cada Estado (aunque la mayoría tienen dos o más) con jurisdicción en una determinada zona geográfica<sup>439</sup>.

*Los U.S. Courts of Appeals.-*

Son los tribunales competentes para conocer de las apelaciones contra las decisiones de los *District Courts* que se hallen en su jurisdicción –*Circuit*–, así como las que se interpongan

---

implicados fueron absueltos por un Jurado en el Estado de California pero posteriormente condenados por un Tribunal Federal después de que fuera acusados, con base en los mismos hechos, de violar las normas federales que regulan los derechos civiles. Véase, White, Thomas, «Limitations imposed on the Dual Sovereignty Doctrine...», cit., p. 183.

En general sobre esta doctrina, véase, Kurland, Adam H., *Successive Criminal Prosecutions: The Dual Sovereignty Exception to Double Jeopardy in State and Federal courts*, 1ª ed., 2001. En este trabajo, además de exponer la aplicación de esta doctrina en la jurisdicción federal se analiza también dicha aplicación y sus limitaciones en todas las jurisdicciones estatales del país. También se examina el caso de Rodney King, resaltándose que, aun cuando se aplicó la doctrina de la *dual sovereignty* y, por tanto, la condena de los acusados ante los Tribunales Federales, a pesar de haber sido absueltos en la jurisdicción estatal, se entendió conforme a Derecho, a la hora de imponerles las penas correspondientes se tuvo en cuenta la carga que les había supuesto ese enjuiciamiento sucesivo.

<sup>436</sup>Strader, Kelly J., *Understanding White Collar...*, cit., p. 5. Véase las indicaciones que sobre el particular pueden encontrarse en la sección correspondientes del *United States Attorney' Manual*.

<sup>437</sup>Strader, Kelly J., *Understanding White Collar...*, cit., p. 5.

<sup>438</sup>Véase, Moore, Roy L. y Murray, Michael D., *Media Law and Ethics*, 4ª ed., 2011, p. p. 19-21.

<sup>439</sup>Los Estados de California, Nueva York y Texas tienen cuatro de estos Tribunales. Véase, Moore Roy L. y Murray Michael D., *Media Law and Ethics*, cit., p. 19.

contra las decisiones de las agencias federales. Existen un total de doce *circuits*, cada uno correspondiente a una determinada zona geográfica. Existe además un Decimotercer Circuito, el del *Court of Appeal for the Federal Circuit* que, con competencia en todo el país, conoce de los recursos de apelación en ciertas materias, como son las relacionadas con el comercio internacional, las patentes y las reclamaciones de daños contra el Gobierno Federal<sup>440</sup>.

#### El U.S. Supreme Court. –

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ejerce su competencia en todo el territorio nacional y es el último intérprete de la Constitución. Es además el único órgano cuya existencia está prevista en la Carta Magna.

Este órgano, en primer lugar, tiene *original and exclusive jurisdiction*, de conformidad con el artículo III de la Constitución, en aquellos supuestos en los que un Estado sea parte y en aquellos en los que esté afectado el personal diplomático –*cases affecting Ambassadors, other public ministers and consuls*-. Una y otra posibilidad han sido interpretada restrictivamente tanto por el propio Tribunal como por el legislador de manera que, en materia diplomática, apenas pueden encontrarse cuatro casos en los que el Tribunal haya ejercido su jurisdicción, y en los supuestos en los que un Estado es parte, el Tribunal solo interviene en casos de naturaleza civil, cuando se trate de controversias entre dos o más Estados o en supuestos de relevancia política o similar.

Además de esta jurisdicción *original and exclusive*, el Tribunal Supremo, en segundo lugar, tiene *original jurisdiction* pero no exclusiva (porque estos casos también pueden ser oídos por los Tribunales Federales) en los casos en los que el Estado Federal demanda a un Estado federado o uno de estos últimos demande a un ciudadano de otro Estado o a un extranjero.

Asimismo, en tercer lugar, el Alto Tribunal es también un órgano de apelación y ello a través de dos vías fundamentales: la denominada *direct appeal* y *el writ of certiorari*. En el primer caso, que exige previsión expresa del legislador, el Tribunal Supremo podrá conocer de los recursos de apelación contra determinadas decisiones adoptadas por tribunales inferiores que

---

<sup>440</sup>Véase, Moore, Roy L. y Murray, Michael D., *Media Law and Ethics*, cit., p. p. 27-28.

En general sobre la Jurisdicción Federal, los Tribunales Federales, sus competencias y su relación con las jurisdicciones estatales, véase, Little, Laura, E., *Federal Courts*, 2ª ed., 2010.

estén formados al menos por tres miembros (la posibilidad de apelar directamente las decisiones de los *District Judge* prácticamente ha desaparecido en la actualidad). De nuevo es un supuesto absolutamente excepcional y, cuando exista, el Tribunal está obligado a examinar el recurso.

El *writ of certiorari* es, en la actualidad, la vía principal de acceso al Tribunal Supremo. En este caso, se revisa la decisión (en cualquier asunto civil o penal) adoptada por un Tribunal Federal de Apelación o por la máxima instancia judicial del Estado, si este último decidió una cuestión con relevancia constitucional o relativa al Derecho Federal. En estos supuestos, y esta es su principal característica, el Tribunal Supremo es absolutamente libre de examinar o no el caso, para lo cual valorará el interés público y la relevancia de la cuestión controvertida, así como la existencia de jurisprudencia contradictoria entre distintos Tribunales Federales de Apelación o entre las Tribunales Superiores de distintos Estados. Si decide no hacerlo, no tiene obligación de motivar su decisión<sup>441</sup>.

### III. LOS DELITOS FEDERALES. *CORPORATE AND WHITE COLLAR CRIMES*

Como se deduce de lo expuesto hasta el momento, en el Ordenamiento Federal no existe una norma que establezca cuáles son los presupuestos generales de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que estos se han ido fijando al interpretar las distintas disposiciones penales contenidas en las numerosas leyes federales. Tampoco existe un catálogo cerrado de los delitos que estas pueden cometer –*Corporate Crime*<sup>442</sup>-. Al contrario, la regla general es que pueden cometer cualquier infracción penal, con las contadas excepciones a las que nos referimos en la primera parte de este trabajo, cuando también expusimos las dificultades que la aceptación de la existencia misma de tales excepciones

---

<sup>441</sup> Sobre jurisdicción y competencia del Tribunal Supremo, véase, Wright, Charles A. y Kane, Mary K., *Law of Federal Courts*, 7ª ed., 2011, p. p. 771-819; Little, Laura, E., *Federal Courts*, cit., p. p. 262-291; Moore, Roy L. y Murray, Michael D., *Media Law and Ethics*, cit., p. p. 30-41; Emanuel, Steven L., *Constitucional Law*, cit., p. p. 7-17; Nowak, John E. y Rotunda, Ronald D., *Constitucional Law*, 4ª ed., 2010, p. p. 13-17.

El Tribunal Supremo Federal examina, aproximadamente entre cien y ciento cincuenta casos de los 7000 cuyo examen se le solicita cada año. Véase, <http://www.uscourts.gov/educational-resources/get-informed/supreme-court/supreme-court-procedures.aspx>. Particularmente sobre los principios que rigen la revisión por el Tribunal Supremo Federal de las decisiones de los Tribunales estatales, véase, Little, Laura, E., *Federal Courts*, cit., p. p. 259-291.

<sup>442</sup> Ya hemos explicado en la primera parte de este trabajo como, en realidad, la expresión *Corporate Crime* no incluiría solo los delitos cometidos por las *corporations*, sino también por otras personas jurídicas. Probablemente por ello sería más exacto, en la línea de la terminología utilizada por las *sentencing guidelines*, hablar de *organizational crimes*. No obstante el término generalmente utilizado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia norteamericana continua siendo el primero, porque siendo las *corporations* las entidades con una importancia económica mayor, son las que son objeto de más atención.

plantea en el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas consagrado en la Jurisdicción Federal.

No obstante lo expuesto, si hay un grupo de delitos que más frecuentemente se relaciona con las organizaciones: son los denominados *White Collar Crimes*. De hecho es, de ordinario, en su estudio y examen, cuando se analiza la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Fue el sociólogo Edwin Sutherland quien utilizó por primera vez esta expresión en un discurso que dio en el año 1939 en la *American Sociological Society*. En él, criticaba a aquellos que defendían que el delito era el resultado de la pobreza o de determinadas condiciones psicológicas o psicosociales de su autor, porque estos condicionantes no estaban presentes en determinadas prácticas que algunas personas, que ocupaban una papel social relevante, llevaban a cabo en el desarrollo de sus negocios; algunas de las cuales, según él, merecían ser constitutivas de infracciones penales<sup>443</sup>. Sutherland definiría posteriormente los *White Collar Crimes* como aquellos delitos cometidos por una persona, de alta respetabilidad y status social, en el desarrollo de su actividad profesional<sup>444</sup>; definición en la que después incluiría a los delitos cometidos por las *corporations* y otras entidades<sup>445</sup>.

Este enfoque sin embargo, centrando en los condicionantes sociales y económicos del delito, entre ellos el nivel de riqueza de su autor, se fue superando a medida que este tipo de infracciones comenzó a ser merecedora de atención con el avance del siglo XX, de manera que el foco se fue desplazando desde el autor, a la naturaleza del delito, y la consideración de una determinada infracción penal como perteneciente a esta clase de infracciones se hace depender,

---

<sup>443</sup>Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar...*, cit., p. 1. También, Green, Stuart P., *Lying, Cheating and Stealing. A Moral Theory of White Collar Crime*, 3ª ed., 2007, p. 10. Destaca este autor como a diferencia de otros muchos términos utilizados en el Derecho o en otras ciencias, el origen de la expresión *White Collar Crime* no plantea duda alguna y es ampliamente conocida.

<sup>444</sup>Strader, Kelly J., *Understanding White Collar...*, cit., p. 1. También, Grabosky P. y Walkley S., «Computer Crime and White Collar Crime», en *Internacional Handbook of White-Collar and Corporate Crime*, Pontel, Henry N. y Geis, Gilbert (editors), 2007, p. 360 (versión electrónica).

En 1949, Edwin Sutherland publicaría la primera versión de su libro, *White Collar Crime*; una versión «censurada», en la que cedería a las fuertes presiones de su universidad y de su editor, eliminando del texto determinadas referencias concretas a ciertas compañías y directivos implicados en actividades ilícitas; referencias que finalmente serán recuperadas en una nueva versión, publicada en 1983, por la Universidad de Yale, que llevaría por título, *White Collar Crime: The Uncut Version*. Véase la recensión que de este libro apareció en la *J. Crim. L. & Criminology*, vol. 75, num. 2, (1984), p. p. 509-512.

<sup>445</sup>Strader, Kelly J., *Understanding White Collar...*, cit., p. 1.

cada vez más, de su naturaleza, del lugar de su comisión o de los medios utilizados para ello, y no de su autor<sup>446</sup>.

Aún hoy, a pesar de que el uso de la expresión *White Collar Crimes* continúa ampliamente extendido tanto entre la doctrina y la jurisprudencia norteamericana, como entre la de otros países, es difícil definirla o concretar exactamente de qué tipo de infracciones estamos hablando; existiendo importantes aspectos que continúan siendo controvertidos, entre ellos, si efectivamente lo único importante son las características del hecho y no las del delincuente que, en consecuencia, no tiene que ocupar una determinada posición profesional, y si es así, qué características del hecho deben valorarse a estos efectos<sup>447</sup>. Nos encontramos ante un término confuso que a pesar de ello, como hemos dicho, continúa utilizándose a menudo, probablemente, como forma de distinguir algunas infracciones penales de otras más «comunes» que implican normalmente el uso de violencia contra las personas o la propiedad<sup>448</sup> y que carecen de la connotación económica propia de tales infracciones.

No obstante las dificultades descritas<sup>449</sup>, existen una serie infracciones penales que suele asociarse con la expresión que estamos analizando. Es el caso de los fraudes y las estafas, en sus diferentes formas *-fraud-*, particularmente los relacionadas con el mundo financiero y con el mercado de valores, las falsedades *-forgery-*; las apropiaciones indebidas *-embezzlements-*; el blanqueo de capitales *-money laundering-*; o los delitos fiscales *-tax crimes-*

---

<sup>446</sup>En este sentido, Brickley, Kathleen F., *Corporate and White Collar Crime...*, cit., prólogo.

En 1983, el *Annual Report of The Attorney General* se refería a estas infracciones como aquellos actos ilegales que, en lugar de la violencia o la amenaza de la fuerza, utilizan el engaño y la ocultación para obtener dinero, propiedades o servicios, evitar el pago o la pérdida de dinero, o conseguir ventajas económicas o profesionales; añadiendo que los que cometen estos actos ocupan posiciones de responsabilidad y relevancia en los gobiernos, en la industria o en sus organizaciones profesionales o sociales. Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar...*, cit., p. 2.

<sup>447</sup>Véase, Green, Stuart P., *Lying, Cheating and Stealing. A Moral Theory of White...*, cit., p. p. 9-10 y las p. p. 11-20, para un examen más detallado sobre las distintas opiniones mantenidas al respecto. También, Leap, Terry L., *Dishonest Dollars. The Dynamics of White Collar Crime*, 1ª ed., 2007, p. p. 51-52, en las que se enumeran los distintos criterios que han sido utilizados para incluir una infracción penal en esta categoría.

También sobre las dificultades para definir el término, véase Goldstraw-White, Janice, *White Collar Crime: Accounts of Offending Behaviour*, 1ª ed., 2011, p. p. 3-5.

<sup>448</sup>Véase, Strader, Kelly J., *Understanding White Collar...*, cit., p. p. 1-3.

<sup>449</sup>En este sentido, también, Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar...*, cit. p. 2; también Brickley, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., prólogo.

Para Tom R. Tayler, profesor de Derecho y Psicología de la Universidad de Yale, los *White Collar Crimes* son delitos cometidos por los empleados de las compañías para beneficiar a estas o a ellos mismos y tienen dos características fundamentales: normalmente quienes los cometen suelen tener una buena educación y un empleo y ser de clase media. Además, históricamente, eran hombres y de raza blanca. En segundo lugar, estos delitos no suelen ser violentos y persiguen una ganancia económica y carecen de la implicación emocional de un asalto o una violación, y no causan un daño físico. Al contrario, lo que se persigue con ellos es conseguir dinero por medios ilícitos. Tayler, Tom R., «Reducing Corporate Criminality: the Roles of Values», *51 Am. Crim. L. Rev.* 267 (2014), p. 267.

<sup>450</sup>. Como también, más recientemente, el de las infracciones contra el medioambiente, las relacionadas con la protección de los consumidores, el soborno de funcionarios públicos o los delitos informáticos<sup>451</sup>.

De la misma manera, existen algunas leyes federales que suelen aparecer en este contexto, y que regularmente son invocadas por los fiscales federales para perseguir penalmente este tipo de delitos<sup>452</sup>.

Entre estas, podríamos mencionar:

a) La *Mail Fraud Statute*, promulgada en 1872, interpretada extensivamente por los Tribunales, que no exigen que el uso del correo sea un elemento esencial del fraude, sino sencillamente «*a step in the plot*»<sup>453</sup>, permite perseguir penalmente una gran variedad de fraudes, y de hecho, antes de la aprobación de normas más específicas, era el instrumento utilizado habitualmente para penar una gran variedad de conductas, desde el fraude con tarjetas de crédito a la usura<sup>454</sup>.

---

<sup>450</sup>Véase, Grabosky P. y Walkley S., «Computer Crime...», cit., p. 361 (versión electrónica); también Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar...*, cit., p. 3.

<sup>451</sup>Véase al respecto, Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar...*, cit., p. 3. En esta misma línea, Leap, Terry L., *Dishonest Dollars. The Dynamics of White...*, cit., p. p. 56-95, que además de las infracciones citadas (concretando casi todos los tipos de fraude: *mail and wire fraud, accounting, financial and corporate fraud; financial institutional fraud, fiduciary fraud, insider trading, health care fraud y telemarketing fraud*), incluye algunos tipos de robo- *theft*-, como los cometidos por los empleados a su empresa y los robos de identidad, así como las lesiones o muertes provocadas por productos defectuosos o por la vulneración de las normas de seguridad en los centros de trabajo. Véase también, Green, Stuart P., *Lying, Cheating and Stealing. A Moral Theory of White...*, cit., p. 19, que después de exponer las dificultades para definir el término a las que hemos aludido concluye que a los efectos de su estudio considerará *White Collar Crimes* las siguientes infracciones: *perjury, fraud, false statements, obstruction of justice, bribery, extortion and blackmail, insider trading, tax evasion* y ciertas *regulatory offenses*.

<sup>452</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., prólogo.

<sup>453</sup>*United States v. Hollis* 971 F.2d 1441 (10th Cir. 1992).

De conformidad con la jurisprudencia federal, para satisfacer ese elemento del delito referido al «uso del correo», la Fiscalía debe probar que los envíos fueron utilizados para ejecutar el fraude -*for the purpose of executing the fraudulent scheme*-, y para ello no es preciso que esta utilización sea instrumento esencial de dicho fraude, sino que es suficiente con que sea una parte incidental del mismo.

Dice literalmente el Tribunal de Apelación del Décimo Circuito en esta sentencia: «to satisfy this requirement, "the use of the mails need not be an essential element of the scheme." Id. (citation omitted). "It is sufficient for the mailing to be 'incident to an essential part of the scheme,' or 'a step in [the] plot.' " Id. (citations omitted). To satisfy the use-of-mails element of the mail fraud counts alleged in Counts 4 and 8, the government was required to prove two things. First, the government was required to prove that the mails were used "for the purpose of executing" the fraudulent scheme. 18 U.S.C. § 1341. "The federal mail fraud statute does not purport to reach all frauds, but only those limited instances in which the use of the mails is a part of the execution of the fraud, leaving all other cases to be dealt with by appropriate state law." Schmuck v. United States, 489 U.S. 705, 709-11, 109 S.Ct. 1443, 1447, 103 L.Ed.2d 734 (1989) (quoting Kann v. United States, 323 U.S. 88, 95, 65 S.Ct. 148, 151, 89 L.Ed. 88 (1944)). To satisfy this requirement, "the use of the mails need not be an essential element of the scheme." Id. (citation omitted). "It is sufficient for the mailing to be 'incident to an essential part of the scheme,' or 'a step in [the] plot.' " Id. (citations omitted).»

<sup>454</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar ...*, cit., p. 85.

b) La *Wire Fraud Statute* de 1952, en la misma línea que la anterior, pero para el caso de fraudes en los que tenga lugar algún tipo de transmisión interestatal por cable, radio o televisión.

c) La *Bank Fraud Statute* de 1984, donde se castigan determinados tipos de estafas en los que la víctima es una institución financiera -*financial institutions fraud*-.

d) La *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* (RICO), incluida en la *Organized Crime Control Act* de 1970. Esta norma fue aprobada inicialmente para luchar contra el crimen organizado, particularmente contra su sustento económico, castigando con penas más elevadas determinados delitos cuando se cometieran utilizando para ello una determinada estructura u organización -*enterprise*<sup>455</sup>-, fuera legal o ilegal<sup>456</sup>. No obstante, posteriormente, los Tribunales no han exigido para sustentar acusaciones amparadas en esta norma que se pruebe que la persona acusada es miembro de una organización criminal<sup>457</sup>; convirtiéndose en un arma poderosa contra otra clase de delitos económicos -*mail fraud, securities fraud, o bribery*-. En ella, por otro lado, además de elevadas penas, se prevén mecanismos para la incautación de las ganancias procedentes de los delitos cometidos<sup>458</sup>

e) La *Securities Act* de 1933 y la *Exchange Act* de 1934, donde se castigan toda una serie de comportamientos, agrupados bajo la rúbrica *Securities Fraud*, y relacionados específicamente con el mercado de valores; entre ellos, el uso de información privilegiada.

---

El Juez Burger -anterior *Chief Judge* del Tribunal Supremo- describió una vez esta norma como la «primera línea de defensa» contra el fraude. El Juez Rakoff, por su parte, del *Southern District* de New York, se refería a este norma, en 1980, en los siguientes términos: «to federal prosecutors of white-collar crime, the mail fraud statute is our Stradivarius, our Colt 45, our Louisville Slugger, our Cuisinart—and our true love. We may flirt with RICO, show off with 10b-5, and call the conspiracy law 'darling,' but we always come home to the virtues of 18 U.S.C. § 1341, with its simplicity, adaptability, and comfortable familiarity. It understands us and, like many a foolish spouse, we like to think we understand it . . . In many areas . . . the mail fraud statute has frequently represented the sole instrument of justice that could be wielded against the ever-innovative practitioners of deceit». Stephan, Spehl y Thomas, Gruetzner, *Corporate Internal Investigations: Overview of 13 Jurisdictions*, cit., § 2.03 (versión electrónica).

<sup>455</sup>Para esta norma, el término *enterprise* incluye «any individual, partnership, corporation, association, or other legal entity, and any union or group of individuals associated in fact although not a legal entity».

<sup>456</sup>En la sentencia dictada en el caso *US. v. Turkette* 452 U.S 576 (1981), el Tribunal Supremo Federal declaró que aun cuando el propósito inicial del Congreso, al aprobar esta norma, había sido prevenir que el crimen organizado se infiltrara en la actividad económica lícita, debía darse a la misma una lectura más amplia y por tanto permitir la persecución de aquellas organizaciones claramente ilegales. Véase al respecto, Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar...*, cit., p. 134.

<sup>457</sup>Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar...*, cit., p. 131.

<sup>458</sup>Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar...*, cit., p. 131; Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., p. 393.

La *Sarbanes Oxley Act* del año 2002 creó, al hilo de los escándalos financieros de los primeros años de este siglo, nuevas infracciones penales de este tipo y aumentó considerablemente las penas de muchas de las ya existentes<sup>459</sup>.

f) La *Federal Bribery and Gift Act* de 1985, la *Federal Program Bribery Statute* de 1984, la *Travel Act* de 1952 y la *Hobbs Act* de 1951, que son las cuatro leyes federales fundamentales en las que se castiga la corrupción de los funcionarios. A estas habrá que añadir, y cuando se trate de funcionarios extranjeros, la *Foreign Corrupt Practice Act (FCPA)* de 1977 que, desde la reforma en ella operada en el año 1998, permite la persecución de estas conductas incluso cuando se hayan desarrollado totalmente en el extranjero.

g) La *Bank Secrecy Act* de 1970, que impone la obligación de comunicar a las autoridades determinadas transacciones monetarias que superen una determinada cantidad – *currency reporting requirements*-, estén o no relacionadas con actividades ilícitas, y que, además, castiga como delito independiente el incumplimiento de dicha obligación<sup>460</sup>; y, junto a ella, la *Money Laundering Control Act* de 1986, que incluye un amplio listado de delitos federales relacionados con el blanqueo de capitales<sup>461</sup>.

h) La *Counterfeit Access Device and Computer fraud and Abuse Act* de 1984, destinada a la persecución penal de delitos informáticos –*computer crimes*-.

i) La *Clean Air Act* y la *Clean Water Act* de los años 70, la *Resource Conservation and Recovery Act* de 1976, o la *Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act* de 1980, normas todas ellas que castigan delitos medioambientales, relacionados, respectivamente, con la contaminación del agua, la contaminación del aire, o el traslado de residuos tóxicos. Estas infracciones penale y en general todas las destinadas a proteger el medio ambiente son frecuentemente imputadas a personas jurídicas y su persecución se ha visto incrementada en los últimos años<sup>462</sup>.

j) La normativa federal que castiga los delitos contra la Hacienda Pública –*tax crimes*- también suele aparecer en este contexto de los *corporate and white collar crimes* al que nos

---

<sup>459</sup>Véase al respecto, Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar...*, cit., p. 80.

<sup>460</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar ...*, cit., p. 520.

<sup>461</sup>Véase al respecto, Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., p. p. 551-552.

<sup>462</sup>Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar...*, cit. p. p. 213-214.



estamos refiriendo. Igual ocurre con las falsedades –*false statements*–, penadas, en muy distintos contextos, por numerosas normas federales<sup>463</sup>.

A continuación veremos con detalle cuándo estos delitos o cualesquier otro podrán ser imputado a una persona jurídica.

---

<sup>463</sup>Véase sobre el particular, Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Liability: A Primer for Corporate Counsel», 40 *Bus. Law* 129 (1984), p. 153.

Además de las infracciones penales ya descritas, autores como Brickey o Ellen S. Podgor y Jerold Israel se ocupan en sus obras sobre esta clase de delitos de las infracciones penales comprendidos bajo la rúbrica general de obstrucción a la justicia –*obstruction of justice*–; a través de las cuales se trata de proteger tanto a todos aquellos que participen en un procedimiento judicial o administrativo, frente a las presiones que sobre ellos puedan ejercer terceros, como la integridad del proceso mismo en la toma de decisión. Véase al respecto, Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., p. 275.

## CAPÍTULO CUARTO. LA DOCTRINA DEL *RESPONDEAT SUPERIOR*

### I. LA DOCTRINA DEL *RESPONDEAT SUPERIOR*. CONSIDERACIONES GENERALES

#### 1. La doctrina del *respondeat superior* en el ámbito de los *Torts*

La *agency relationship* es un concepto fundamental en la Jurisprudencia anglo americana<sup>464</sup>, con reflejo en múltiples campos, que define un tipo de relación entre dos personas físicas o jurídicas. Concretamente, es un tipo de relación fiduciaria que surge cuando una persona, *principal*, consiente que otra, el *agent*, a la que controla, actúe en su nombre<sup>465</sup>. Tres pues son las características propias de esta relación: es establecida de mutuo acuerdo por ambas partes, el *agent* es controlado por el *principal* y aquel actúa en nombre de este<sup>466</sup>.

Es en el contexto de este tipo de relaciones, donde surge, como criterio de atribución al principal de las consecuencias legales de los actos realizados por el agente, la doctrina del *respondeat superior*<sup>467</sup>, según la cual, el principal será responsable, particularmente, de los daños causados por sus *agents* cuando actúen en el ámbito de sus funciones<sup>468</sup>. Varias son las explicaciones que se han aportado como fundamento para esta doctrina, si bien, en la actualidad, la mayoría de los Tribunales se apoyan en la idea de que el principal ha de responder por los actos realizados por sus *agents*, porque se beneficia de su actuación –*business rationale*-. En ausencia de ese beneficio, o cuando este no sea tan aparente, o incluso en supuestos en los que el *agent* actúa en contra de la política del principal, se acude a otros fundamentos, como es el de la capacidad de control que este último ejerce sobre aquel<sup>469</sup>.

Esta doctrina del *respondeat superior* sigue hoy plenamente vigente en el ámbito de la responsabilidad por daños y, entre otras muchas implicaciones, supone que las empresas serán

---

<sup>464</sup>Blumberg P. I., Strasser K. A., Georgakopoulos N. L., Gouvin E. J. y Fowler J. W., *Blumberg on Corporate Groups*, 2ª ed., 2005 (actualizado abril 2014), vol. 1, §10. 4 (B)-14.

<sup>465</sup>*Restatement of the law third, Agency*, American Law Institute, 2006, vol. 1, p. 17. Con el término *Restatement* se conocen los tratados que, sobre distintas áreas del Derecho, han sido publicados por el *American Law Institute*.

<sup>466</sup>Blumberg P. I., Strasser K. A., Georgakopoulos N. L., Gouvin E. J. y Fowler J. W., *Blumberg on Corporate Groups*, cit., §10. 4 (B)-14. También, Kleinberger, Daniel S., *Agency, Partnerships and LLCs*, 3ª ed., 2008, p. 1

<sup>467</sup>*Restatement of the law third, Agency*, cit., vol.1, p. 79. Los otros dos criterios a estos efectos son *actual authority* y *apparent authority*. Véase, *Restatement of the law third, Agency*, cit., vol.1, p. 80-139.

<sup>468</sup>*Restatement of the law third, Agency*, cit., vol.1, p. 139.

<sup>469</sup>Véase, Weaver, Russell L., Martin, Edward C., Klein, Andrew R. y otros, *Mastering Tort Law*, 1ª ed., 2009, p. 165-166. También, Emanuel, Steven L., *Torts*, 9ª ed., 2011, p. 304, que destaca el hecho de que los empresarios están en mejor posición que sus empleados para hacer frente a los daños provocados en el ejercicio de su actividad; unos daños que son, en realidad, *cost of doing business*. También están en una mejor posición para obtener seguros que cubran debidamente estos daños.

responsables de los daños causados por sus empleados, siempre que estos haya sido realizados *in the scope of their employment*, esto es, y en una primera aproximación, durante el desarrollo de la actividad que desempeñan en la empresa de acuerdo con el objeto de la misma<sup>470</sup>. A estos efectos se valorarán factores tales como las características generales de la actividad que desempeña el empleado, la naturaleza del acto realizado, el fin perseguido con su realización o el tiempo y lugar en el que se produjo el daño<sup>471</sup>. La responsabilidad del empresario, por otro lado, podrá generarse, en determinadas circunstancias, aún cuando el daño causado por el empleado sea intencional y no meramente negligente<sup>472</sup>. También cuando el mismo sea atribuible a un contratista independiente.

En efecto, tradicionalmente, la persona que contrataba a un *independent contractor* no era responsable de los daños causados por ella<sup>473</sup>. En la actualidad, sin embargo, se reconocen algunas excepciones a esta regla general y sí existirá dicha responsabilidad: si el que contrata es negligente en la selección del contratista o en las instrucciones que le facilite, o si el daño se causa en el ejercicio de una actividad en la que el principal es titular de una serie de deberes de cuidado que no puede delegar *-non delegable duties-*<sup>474</sup>. Estas últimas actividades son aquellas especialmente peligrosas o que implican un *peculiar risk* de que se produzcan daños en las personas o en la propiedad si no se toman las medidas de precaución adecuadas<sup>475</sup>, y en las que el contratista sería responsable objetivamente por los daños causados si él mismo ejecutara la actividad<sup>476</sup>. El fundamento para no permitir al contratista delegar, en estos casos, los deberes que le corresponden no es sino la importancia que su cumplimiento, dada la naturaleza de la actividad, tiene para la protección de la Comunidad<sup>477</sup>.

---

<sup>470</sup>Emanuel, Steven L., *Torts*, cit., p. 305. En ocasiones, la determinación de este presupuesto puede ser problemática. Es el caso por ejemplo de la denominada «*coming and going*» rule que se aplica a los daños provocados por los empleados en su camino al trabajo. En este sentido, Diamond, John L., Levine Lawrence C. y Bernstein Anita, *Understanding Torts*, 5ª ed., 2013, p. 205.

<sup>471</sup>Weaver, Russell L., Martin, Edward C., Klein, Andrew R. y otros, *Mastering Tort Law*, cit., p. 166.

<sup>472</sup>Véase, Weaver, Russell L., Martin, Edward C., Klein, Andrew R. y otros, *Mastering Tort Law*, cit., p. p. 169-171. También Emanuel, Steven L., *Torts*, cit., p. p. 307-308.

La posibilidad de que, en el primer caso, esto es, en el supuesto de daños intencionales, los empresarios tengan que hacer frente a los daños punitivos además de a los meramente compensatorios es controvertida. Weaver, Russell L., Martin, Edward C., Klein, Andrew R. y otros, *Mastering Tort Law*, cit., p. p. 171-173.

<sup>473</sup>Emanuel, Steven L., *Torts*, cit., p. 308. También, Martin, Edward, C., Klein, Andrew R. y otros, *Mastering Tort Law*, cit., p. 175.

<sup>474</sup>Emanuel, Steven L., *Torts*, cit., p. 309.

<sup>475</sup>Sobre cómo ha de entenderse el término *peculiar risk*, véase, Weaver, Russell L., Martin, Edward C., Klein, Andrew R. y otros, *Mastering Tort Law*, cit., p. p. 176-177.

<sup>476</sup>Véase, Emanuel, Steven L., *Torts*, cit., p. p. 310-311.

<sup>477</sup>Weaver, Russell L., Martin, Edward C., Klein, Andrew R. y otros, *Mastering Tort Law*, cit., p. 177.

Para un estudio detallado sobre los principios que regulan la responsabilidad por daños, véase, *Restatement of the law third, torts. Liability for physical and emotional harm*, American Law Institute, 2014.

## 2. Aproximación a la doctrina del *respondeat superior* en el ámbito de la responsabilidad penal en general

La doctrina del *respondeat superior* también se aplica en el ámbito penal. La diferencia, no obstante entre aplicarla en el ámbito civil y hacerlo en el ámbito penal es obvia<sup>478</sup>. En el Derecho de daños, se emplea para hacer recaer las consecuencias del daño en quien está en mejor situación para soportarlas. Pero en el ámbito penal, el fundamento ha de ser otro y suficiente para justificar la imposición de una sanción penal a alguien que no ha cometido ningún ilícito<sup>479</sup>. Los Tribunales sitúan de ordinario este fundamento, como vimos que hacía el Tribunal Supremo en *New York v. Hudson* para el caso de las personas jurídicas, en razones eminentemente prácticas. Algunas actividades representan un riesgo tan alto para la comunidad en general, que su protección justifica esa imposición de responsabilidad penal a un tercero<sup>480</sup>.

La gran mayoría de las normas penales que imponen este tipo de responsabilidad vicarial permiten el castigo del empleador por los delitos cometidos por sus empleados, pero también existen en otros contextos, como es, por ejemplo, el de las normas de tráfico, donde los titulares registrales de los vehículos son responsables de determinadas infracciones de tráfico cometidas por sus conductores<sup>481</sup>.

La constitucionalidad de estas normas que imponen a una persona responsabilidad penal por los hechos cometidos por otra, en los que no se ha tenido ninguna intervención, ha sido admitida por los Tribunales, que solo han dudado al respecto en aquellos supuestos en los que la persona acusada no tenía ninguna capacidad de control sobre la que cometió el delito o

---

<sup>478</sup>LaFave, Wayne R., *Criminal Law*, 5ª ed., 2010, p. 734.

<sup>479</sup>LaFave, Wayne R., *Criminal Law*, cit., p. 734, citando la sentencia dictada en el caso *Commonwealth v. Koczvara*, 397 Pa. 575, 155 A.2d. 825 (1959). Ha de destacarse aquí, como lo hace este autor, que la posible aplicación de la doctrina del *respondeat superior* en el ámbito penal supone una responsabilidad por un hecho cometido por otro, en el que no se ha tenido ninguna participación ni por acción ni por omisión. Difiere pues del supuesto en el que el empleador permite que su empleado realice el delito o no toma las medidas necesarias para impedirlo, porque en estos casos, que también respondería, lo haría por un hecho propio. En efecto, aunque el Derecho Angloamericano siempre ha sido reticente a admitir la responsabilidad penal por omisión, sí existen algunos casos en los que esta se impone, sea porque así lo prevé expresamente la ley, sea porque la persona en cuestión se encuentra respecto a aquella que comete el hecho en posición de garante. La relación empleador-empleado es una de estas últimas y exigirá, para que el primero pueda ser penalmente responsable, que tenga conocimiento del peligro. LaFave, Wayne R., *Criminal Law*, cit., p. 17-19.

<sup>480</sup>LaFave, Wayne R., *Criminal Law*, cit., p. 734. Este fundamento es el mismo que se utiliza para justificar la existencia de responsabilidad objetiva en el ámbito penal.

<sup>481</sup>Véase, LaFave, Wayne R., *Criminal Law*, cit., p. p. 734-738. También, Emanuel, Steven L., *Criminal Law*, cit., p. p. 34-35.

consiguió probar que hizo todo lo que pudo para evitarlo<sup>482</sup>. El Tribunal Supremo nunca se ha pronunciado expresamente sobre los límites constitucionales de este tipo de responsabilidad, pero algunos pronunciamientos, como el dictado en *United States v. Park*<sup>483</sup>, sobre el que volveremos en su momento y en el que se discutía la posible responsabilidad de un directivo de una entidad por un delito cometido en el seno de la empresa, han sido entendidos en el sentido de que el Alto Tribunal se muestra favorable a la misma<sup>484</sup>.

## **II. LA DOCTRINA DEL *RESPONDEAT SUPERIOR* COMO CRITERIO DE IMPUTACION DE LAS PERSONAS JURÍDICAS**

### **1. Introducción**

Si existe un ámbito, dentro del Derecho Penal federal, donde la aplicación de la doctrina civil del *respondeat superior* resulta especialmente relevante es en el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En los Estados Unidos de América, los Tribunales Federales han consagrado, en este campo, un modelo de responsabilidad vicarial, según el cual las personas jurídicas será penalmente responsable por los delitos cometidos por cualquiera de sus representantes o empleados, siempre que ello tenga lugar en el ejercicio de las funciones que les correspondan dentro de la entidad y con la intención de beneficiarla.

De esta forma, la doctrina civil del *respondeat superior* se traslada desde el ámbito de la responsabilidad civil por daños al ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entendiendo que estas son los nuevos «dueños del negocio», que han de responder por los daños causados por los actos ilícitos que cometan sus empleados en el ejercicio de sus funciones.

La consagración de este modelo y su compatibilidad con la Constitución se produjo, como explicamos con detalle en su momento, en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo Federal, en 1909, en el caso *New York Central R. Co. v. United States*<sup>485</sup>, donde el Alto Tribunal, en un contexto económico y social en el que las personas jurídicas tienen cada vez más importancia y con ello más capacidad de afectar a los intereses generales y al bien común, parte

---

<sup>482</sup>Véase, LaFave, Wayne R., *Criminal Law*, cit., p. p. 738-739. También, Emanuel, Steven L., *Criminal Law*, cit., p. p. 34-35.

<sup>483</sup>*United States v. Park*, 421 U.S. 658 (1975).

<sup>484</sup>Véase, LaFave, Wayne R., *Criminal Law*, cit., p. p. 738-739.

<sup>485</sup>*New York Central R. Co. v. United States*, 212 U.S. 481 (1909).

de una visión pragmática y utilitarista del Derecho Penal, en el que se confía como instrumento para evitar los abusos, y permite ese trasvase de principios de la responsabilidad civil a la penal<sup>486</sup>.

Se sitúa así el Tribunal Supremo en la línea de aquellos autores que tampoco veían obstáculo alguno en este sentido. La doctrina de la responsabilidad por los actos de los agentes, decía Harold J. Laski a principios del siglo XX, no es sino un reflejo de la necesaria distribución de los beneficios y costes en el desarrollo de la actividad económica moderna<sup>487</sup>.

Más explícito aun sería el Tribunal Supremo, años más tarde, en la sentencia dictada en el caso *United States v. A&P Trucking Co.*<sup>488</sup>. En esta resolución declarararía que una entidad dedicada a los negocios no podía quedar impune ante la infracción de la ley, simplemente porque sus dueños, accionistas o socios no hubieran participado personalmente en dicha infracción. Tampoco podía enriquecerse a costa de los frutos de las infracciones cometidas voluntariamente por sus empleados en el ámbito de sus competencias; por lo que a los primeros correspondía vigilar que los segundos cumplieran la Ley<sup>489</sup>.

En la misma línea, se pronunciaría el Tribunal de Apelación del Quinto Circuito en la sentencia dictada en el caso *Standard Oil Co. v. United States*<sup>490</sup>. Dice el Tribunal: «existe consenso sobre la idea de que el Derecho, como instrumento útil, debe acomodar su aspecto teórico a la demandas del sentido común. Consecuentemente, y a pesar de que tardó en aceptarse, hoy es ya un viejo principio, no obstante estas dificultades teóricas, que la persona jurídica, que actúa a través de sus agentes, tiene la capacidad legal para hacer lo que está bien y lo que está mal. Es una paradoja que esta criatura del Derecho –la persona jurídica- haya sido creada por él y pueda violarlo. Sin embargo, así está reconocido en el sistema federal desde 1909, cuando el Tribunal Supremo decidió el caso de *New York Central & H.R.R. Co. v. United States*, 1909, 212 U.S. 481, 29 S.Ct. 304, 53 L.Ed. 613. Por supuesto, estas dificultades teóricas también han estado presentes en el ámbito de la responsabilidad civil por daños, pero, aplicando

---

<sup>486</sup>Véase el análisis que de esta sentencia se hace en la primera parte de este trabajo.

<sup>487</sup>Laski, Harold J., «The Basis of Vicarious ...», cit., p. 112-113.

<sup>488</sup>*United States v. A&P Trucking Co.*, 358 U.S. 121 (1958).

<sup>489</sup>Dice al respecto el Tribunal: «The business entity cannot be left free to break the law merely because its owners, stockholders in the *Adams* case, partners in the present one, do not personally participate in the infraction. The treasury of the business may not with impunity obtain the fruits of violations which are committed knowingly by agents of the entity in the scope of their employment. Thus, pressure is brought on those who own the entity to see to it that their agents abide by the law».

<sup>490</sup>*Standard Oil Co. v. United States*, 307 F.2d 120 (5th Cir. 1962).

los principios de la doctrina del agente, el Derecho hace ya tiempo que reconoció que una persona jurídica respondía civilmente por los daños causados por aquellos que actuaban en el ejercicio y en el marco de sus funciones. Por supuesto, afirmar que una persona jurídica será penalmente responsable por los actos cometidos por uno de sus agentes, mientras ejerce la autoridad delegada en él, significa “dar un paso más”, sencillamente aplicando para ello los principios que gobiernan la responsabilidad civil»<sup>491</sup>.

## 2. Presupuestos generales de aplicación

Según el modelo de responsabilidad vicarial vigente en la jurisdicción federal, la regla general es, como hemos dicho, que la persona jurídica responderá penalmente de los delitos cometidos por sus representantes y empleados, cuando estos hayan sido ejecutados en el ejercicio de las funciones que les correspondan dentro de la entidad y con la intención de beneficiarla<sup>492</sup>.

---

<sup>491</sup>Sostiene el Tribunal lo siguiente: «Consequently, while it was perhaps long in coming, it is now almost ancient law that despite these conceptual, logical difficulties, a corporation acting through human agents has the legal capacity to do wrong as well as right. It is a logical paradox that this creature of the law-- the corporate entity-- is created by law with the power to violate law. Nevertheless this has been the holding in the federal system since 1909 when the Court decided *New York Central & H.R.R. Co. v. United States*, 1909, 212 U.S. 481, 29 S.Ct. 304, 53 L.Ed. 613. Of course those theoretic difficulties had for a time plagued the law in civil liabilities as well, but by applying usual principles of agency, the law had long recognized that the corporation would have a civil responsibility for injuries or wrongs done by those acting in the course and scope of their employment. Indeed, in going 'only a step farther' to hold the corporation criminally liable for 'the act of the agent (done) while exercising the authority delegated to him was merely 'applying the principle governing civil liability'».

<sup>492</sup>En este sentido, entre otros muchos, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 3.03, § 3.04 y § 3.03 (versión electrónica); Abikoff, Kevin T., *Corporate Governance: avoiding and responding to misconduct*, Law Journal Press, 2013, § 15.01 (versión electrónica); Stephan, Spehl y Thomas, Gruetzner, *Corporate Internal Investigations: Overview of 13 Jurisdictions*, cit., § 1.2 (versión electrónica); Brickey, Kathleen, *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 1, p. p. 89-115, y p. p. 124-132 del 2012-13 *Cumulative Supplement*; Strader, Kelly J., *Understanding White Collar...*, cit., p. p. 17-25; Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar ...*, cit., p. p. 16-28; Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar Crime...*, cit., p. p. 23-28; Blumberg P. I., Strasser K. A., Georgakopoulos N. L., Gouvin E. J. y Fowler J. W., *Blumberg on Corporate Groups*, cit., vol. 3, §107. 2; Minkes, John y Minkes Leonard, *Corporate and White Collar Crimes*, cit., p. p. 63-64; Greenberg, Joshua D. y Brotman, Ellen C., «Strict Vicarious Liability for Corporations and Corporates Executives: Stretching the Boundaries of Criminalization», *51 Am. Crim. L. Rev.*, 79 (2014), p. p. 79- 86; Beale, Sara S., «The Development and Evolution of the U.S. Law...», cit., p. p. 1-9; Park, Sam y Song John, «Corporate Criminal Liability», *50 Am. Crim. L. Rev.* 729 (2013), p. p. 730-737; Thompson, Benjamin y Andrew Yong, *49 Am. Crim. L. Rev.*, 48 (2012), p. p. 490-496; Brickey, Kathleen F., «Perspectives on Corporate...», cit., p. p. 2-11; Bucy, Pamela H., «Corporate Criminal liability...», cit., p. p. 1440-1442; Lipman H., Abigail, «Corporate Criminal Liability», *46 Am. Crim. L. Rev.* 359 (2009), p. p. 361-368.

## 2.1. Comisión de un delito por los representantes o empleados de la persona jurídica

Como punto de partida para cualquier declaración de responsabilidad penal de una persona jurídica, será preciso, lógicamente, que una persona física haya cometido una infracción penal –*actus reus*–.

Esta persona podrá ser, en primer lugar, cualquier representante o empleado de la entidad, sea un directivo, un mando intermedio o un simple empleado<sup>493</sup>. Cualquiera de ellos, si se cumplen los demás presupuestos, puede dar lugar a la imputación penal de la persona jurídica<sup>494</sup>.

La justificación de que la entidad deba responder por los delitos cometidos por los dos primeros grupos de personas no plantea especiales dificultades. Los directivos –*directors and officers*– crean e implementan la política de la compañía y son responsables de guiar su actuación. Es lógico pues que los Tribunales los consideren «una extensión» de la propia entidad<sup>495</sup>; a los mandos intermedios, por su parte, les ha sido «delegada» parte de la autoridad de los primeros, y es esa delegación lo que determina su capacidad para dar lugar con su actuación a la responsabilidad penal de la compañía<sup>496</sup>.

Así, como ejemplos de sentencias en las que se declara la responsabilidad penal de las personas jurídicas por actos cometidos por sus directivos o mandos intermedios podríamos citar, en otros muchas, la dictada en el caso *United States v. Empire Packing Co.*<sup>497</sup>. En este caso, se presentaron veintitrés cargos por falsedad, contra el presidente de la entidad y también contra

---

<sup>493</sup>Para James Elkins los órganos directivos de una *corporation* están constituidos por el *board of directors*, y los *corporate officers*, que dirigen la entidad y fijan la política de la empresa; los mandos intermedios estarían representados por los *managers* y los *supervisors*; y el resto de los empleados de la entidad serían los *subordinate employees*. Véase sobre el particular, Elkins, James R., «Corporations and the...», cit., p. 100.

H. Lowell Brown por su parte diferencia entre lo que denomina *inner circle* de la entidad, esto es, sus directivos; los *midlevel managers*, equivalente a los mandos intermedios; y los *menial employees*, es decir, los simples empleados. Véase Brown, H. Lowell, «Vicarious Criminal Liability ...», cit., p. 286-287.

<sup>494</sup>En este sentido, entre otros muchos, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 3.07 (versión electrónica); Strader, Kelly J., *Understanding White Collar...*, cit., p. 17-18; Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar ...*, cit., p. 21; Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar Crime...*, cit., p. 24; Khanna, V.S., «Corporate Criminal Liability: What Purpose...», cit., p. 1489; Newman, David y Weissmann, Andrew, «Rethinking Criminal...», cit., p. 423; Lederman, Eliezer, «Criminal Law, Perpetrator and Corporation...», cit., p. 289; Brown, H. Lowell, «Vicarious Criminal Liability ...», cit., p. 285.

<sup>495</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit. vol. 1, p. 90.

<sup>496</sup>«It is the function delegated to the corporate officer or agent which determines his power to engage the corporation in a criminal transaction». Véase, *C.I.T. v. United States*, 150 F.2d 85 (9th Cir. 1945). También, Brickey, Kathleen F., «Rethinking Corporate...», cit., p. 612.

<sup>497</sup>*United States v. Empire Packing Co.*, 174 F.2d 16 (7th Cir.), *cert. denied*, 337 U.S. 959 (1949).



ella, en un asunto relacionado con determinados subsidios públicos. El Tribunal de Apelación del Séptimo Circuito confirmó la condena de la entidad, por los actos ilegales cometidos por el primero, porque éste, dijo el Tribunal, no actuó como individuo, sino en su papel de presidente y representante de dicha entidad y dentro de las competencias que como tal le correspondían<sup>498</sup>. En segundo lugar, la dictada en el caso *United States v. Carter*<sup>499</sup>, en la que fueron condenadas dos personas jurídicas y dos de sus directivos, por vulnerar determinadas disposiciones de la *Taft-Hartley Act*, que prohibía a las empresas que realizaran actividades comerciales interestatales abonar dinero a los representantes sindicales, algo que se consideró probado que habían realizado los directivos<sup>500</sup>. En tercer lugar, la sentencia dictada en el caso *United States v. Ingredient Technology Corp.*<sup>501</sup>, donde la compañía y su presidente fueron condenados por aumentar indebidamente el valor del inventario para defraudar impuestos; o la dictada en el caso *U.S. v. Paccione*<sup>502</sup>, en el que el Tribunal, al condenar a la persona jurídica, declaró expresamente que esta solo pueden actuar a través de sus *agents*, de manera que los actos de las personas individuales, realizados en nombre de la entidad, podían ser atribuidos a ella<sup>503</sup>.

Pero la responsabilidad penal de las personas jurídicas puede también derivar de los actos de los simples empleados, incluso de aquellos que ocupen un nivel bajo en la jerarquía de la entidad, tales como vendedores<sup>504</sup> o conductores de camiones<sup>505</sup>. Numerosas son también las resoluciones judiciales que así lo reconocen.

En este sentido se pronunció el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito en la sentencia dictada en el caso *C.I.T. v. United States*<sup>506</sup>; o el del Quinto, en la resolución ya mencionada, dictada en el caso *Standard Oil Co. v. United States*<sup>507</sup>, según la cual, la persona

---

<sup>498</sup>Véase al respecto, Elkins, James R., «Corporations and the...», cit., p. 101. Declaró expresamente el Tribunal: «The corporation president acted not as an individual, but in the role of president and representative of the corporation within the scope of his corporate capacity both actual and apparent. His illegal activities were carried on as an incident to the carrying on of the corporation's business and were made possible only through the corporate authority with which he was clothed».

<sup>499</sup>*United States v. Carter*, 311 F. 2d 934 (6th Cir. 1963).

<sup>500</sup>Véase al respecto, Elkins, James R., «Corporations and the...», cit., p. 101.

<sup>501</sup>*United States v. Ingredient Technology Corp.*, 698 F.2d 88 (2nd Cir.), *cert. denied*, 462 U.S. 1131 (1983).

<sup>502</sup>*U.S. v. Paccione*, 949 F.2d 1183 (2th Cir. 1991).

<sup>503</sup>Declaró el Tribunal: «A corporation can act only through its agents, and the "acts of individuals on [the corporation's] behalf may be properly chargeable to it».

<sup>504</sup>*United States v. Uniroyal, Inc.*, 300 F. Supp. 84 (S.D.N.Y. 1969).

<sup>505</sup>*Texas-Oklahoma Express, Inc. v. United States*, 429 F.2d 100 (10th Cir. 1970); o *Steere Tank Lines, Inc. v. United States*, 330 F.2d 719 (5th Cir. 1963).

Para una citación más extensas de casos, véase Brickey, Kathleen F., «Rethinking Corporate Liability Under The Model Penal Code», 19 *Rutgers L.J.*, 593 (1988), p. 612.

<sup>506</sup>*C.I.T. v. United States*, 150 F.2d 85 (9th Cir. 1945).

<sup>507</sup>*Standard Oil Co. v. United States*, 307 F.2d 120 (5th Cir. 1962).

jurídica puede ser penalmente responsable por los actos cometidos por todos sus empleados, incluso los de menor relevancia<sup>508</sup>.

También fue esta la conclusión alcanzada en la sentencia dictada en *United States v. Armou&CO*.<sup>509</sup>, donde el acto ilícito en cuestión había sido realizado por un vendedor. Para el Tribunal, la circunstancia de que el autor del delito fuera un mero vendedor no impedía que dicha infracción se imputara a la persona jurídica, que era su empleador; una persona jurídica que, por otro lado, no podía excusarse del cumplimiento de sus obligaciones alegando que la extensión de su negocio le impedía una supervisión personal y le exigía por tanto confiar en sus subordinados.

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal en la sentencia dictada en el caso *Commonwealth v. Beneficial Finance Co.*<sup>510</sup>. En él, varias entidades dedicadas a la concesión de préstamos habían sido acusadas, junto a sus empleados, de pagar sobornos a determinados funcionarios públicos para así mantener los tipos de interés máximos a los que podían conceder dichos préstamos. En este procedimiento, las entidades alegaron que una persona jurídica no debía ser responsable penalmente por los actos realizados por aquellos que eran meros empleados, si dichos actos no habían sido autorizados, ratificados, adoptados o tolerados por los directivos de la entidad -*directors, officers or other «high managerial agents»*-; unos directivos que debían ocupar en la empresa, según las entidades imputadas, una posición jerárquica lo suficientemente importante como para que pudiera concluirse que sus actos representaban o reflejaban la política de la misma.

El Tribunal de Apelación rechazó esta pretensión y consideró que cuando el Juez de Instancia instruyó al Jurado que, para declarar culpable a las entidades acusadas, no era preciso que consideraran probado que la persona que cometió el hecho era miembro del Consejo de Administración o un alto cargo de la empresa, hizo una aplicación correcta de la doctrina del *respondeat superior*<sup>511</sup>.

---

<sup>508</sup>Brickey, Kathleen F., «Rethinking Corporate...», cit., p. 612.

<sup>509</sup>*United States v. Armou & Co.*, 168 F.2d 342 (1948).

<sup>510</sup>*Commonwealth v. Beneficial Finance Co.*, 360 Mass. 188, 275 N.E. 2d 33 (1971).

<sup>511</sup>Una vez terminado el juicio oral, y antes de que el Jurado se retire a deliberar, el Juez que ha dirigido el juicio debe instruir a sus miembros sobre el Derecho aplicable a los hechos objeto de enjuiciamiento. Lo que entonces diga el Juez será esencial para la decisión que adopten los Jurados. Véase sobre el particular, Saltzburg, Stephen A. y Capra, Daniel J., *American Criminal Procedure Cases and Commentary*, 8ª ed., 2007, p. 1247.

Lo importante era, según el Tribunal, si la entidad acusada había situado a la persona en cuestión en una posición en la que tuviera suficiente autoridad y responsabilidad para actuar, en el desarrollo de la actividad en cuya ejecución se había cometido el hecho delictivo, por y en nombre de la misma *-on behalf of the corporation y within the scope of his or her employment-*. Por tanto, el Juez que condujo el juicio en primera instancia actuó correctamente cuando informó al Jurado que este estándar no dependía de la responsabilidad o autoridad que el *agent* tuviera con respecto a la entidad en su conjunto, sino respecto al acto concreto que había realizado.

El argumento que subyace en esta conclusión, y así lo explica la sentencia<sup>512</sup>, es evitar la impunidad de aquellas grandes entidades, en las que existen innumerables departamentos, y en la que sus directivos delegan gran parte de las funciones que les corresponden; de manera que realmente no intervienen en el día a día de su actividad, que ejercen y controlan los empleados de los niveles inferiores. Por esta razón para el Tribunal, cualquier conclusión distinta a la expuesta, sería ignorar la complejidad y la realidad del mercado<sup>513</sup>.

En definitiva, se pretende que los directivos de las compañías ejerzan un control auténtico sobre el funcionamiento de la misma, evitando la comisión de ilegalidades en el desarrollo de su actividad, en cualquiera de sus niveles; de manera que, si deciden delegar parte de su autoridad en empleados inferiores, deberán adoptar las medidas adecuadas para asegurarse que estos últimos cumplen, a su vez, con su deber<sup>514</sup>. Este control habrá de ser, por supuesto, vertical; pero también horizontal, extendiéndose a las distintas unidades o divisiones del negocio *-corporation division-*, aun cuando operen en distintos puntos geográficos.

---

<sup>512</sup>Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar ...*, cit., p. 16-21.

<sup>513</sup>Declara el Tribunal: «"there are not enough seats on the Board of Directors, nor enough offices in a corporation, to permit the corporation engaged in widespread operations to give such a title or office to every person in whom it places the power, authority, and responsibility for decision and action." This latter consideration lends credence to the view that the title or position of an individual in a corporation should not be conclusively determinative in ascribing criminal responsibility. In a large corporation, with many numerous and distinct departments, a high ranking corporate officer or agent may have no authority or involvement in a particular sphere of corporate activity, whereas a lower ranking corporate executive might have much broader power in dealing with a matter peculiarly within the scope of his authority. Employees who are in the lower echelon of the corporate hierarchy often exercise more responsibility in the *everyday operations* of the corporation than the directors or officers. Assuredly, the title of office that the person holds may be considered, but it should not be the decisive criterion upon which to predicate corporate responsibility». Añadiendo asimismo a continuación: «To permit corporations to conceal the nefarious acts of their underlings by using the shield of corporate armor to deflect corporate responsibility, and to separate the subordinate from the executive, would be to permit "endocratic" corporations to inflict widespread public harm without hope of redress. It would merely serve to ignore the scramble and realities of the market place. This we decline to do. We believe that stringent standards must be adopted to discourage any attempt by "endocratic" corporations' executives to place the sole responsibility for criminal acts on the shoulders of their subordinates».

El término «endocrático» fue acuñado por Dean Rostow y hace referencia a una gran compañía cuyo capital está dividido entre miles de pequeños accionistas. Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., p. 19.

<sup>514</sup>*United States v. E. Brooke v Matlack, Inc.*, 149 F. Supp. 814, 820 (D. Md. 1957).

En *United States v. Thomas*<sup>515</sup> el Tribunal confirmó la declaración de culpabilidad de una compañía, con sede en Nueva York, por los actos realizados por los empleados de la oficina que tenía en Yakima, Washington, y relacionados con la falsificación de cierta documentación hipotecaria. En este caso, y aun cuando se practicó prueba dirigida a acreditar que los hechos ilícitos en cuestión habían sido autorizados desde la sede central, esta cuestión no pareció decisiva para el órgano judicial que, en la resolución dictada, en la que desestimaba la moción presentada para la celebración de un nuevo juicio, después que un jurado hubiera emitido un veredicto de culpabilidad, declaró: «no puedo creer que la ley sea que, porque una compañía, para operar fuera de Nueva York se vea en la necesidad de establecer una oficina occidental con la autoridad para actuar en ocho Estados, eso implique que la primera no sea responsable de las actividades de aquellos a quienes ha confiado esta actividad»<sup>516</sup>; argumentándose asimismo que si desde dicha sede central se hubieran ejercido debidamente sus facultades de supervisión y control, se podrían haber detectado las irregularidades y haberse prevenido en consecuencia el hecho delictivo<sup>517</sup>.

En esta misma línea, resulta también interesante, por las peculiaridades fácticas del caso, citar la sentencia dictada en apelación por el Tribunal del Décimo Circuito en el caso *United States v. Wilshire Oil Co.*<sup>518</sup>. Esta última era una compañía del Estado de Delaware que había comprado otra compañía, la *Riffe Petroleum Company*, con sede en Kansas, que, a partir de ese momento, se incorporó a la primera como una división de su actividad, sin personalidad jurídica propia, hasta que fue vendida nuevamente, tres años después.

Los directivos de la compañía adquirida, antes de que dicha adquisición hubiera tenido lugar, y según se declaró probado, habían alcanzado un acuerdo con otras compañías del Estado en el que operaba para fijar los precios del asfalto líquido empleado para el mantenimiento de las autopistas. Concretamente lo que ocurrió fue lo siguiente: el organismo público encargado del mantenimiento solicitaba a todos los vendedores de este producto que le hicieran sus respectivas ofertas para su suministro en los distintos puntos geográficos que a estos efectos se fijaban, comprándolo, finalmente, a aquel que ofrecía mejor precio. Pues bien,

---

<sup>515</sup>*United States v. Thomas* 52 F. Supp. 571 (E.D. Wash. 1943).

<sup>516</sup>«I cannot believe it to be the law that, because a corporation operates out of New York and must of necessity set up a western office giving to that office the authority and the responsibility to operate in eight states, that the corporation is not responsible for the activities of those to whom it entrusts that operation».

<sup>517</sup>Véase al respecto, Blumberg P. I., Strasser K. A., Georgakopoulos N. L., Gouvin E. J. y Fowler J. W., *Blumberg on Corporate Groups*, cit., vol. 3, §107.10.

<sup>518</sup>*United States v. Wilshire Oil Co.*, 427 F. 2d 969 (10th Cir. 1970).

varias compañías, entre ellas, la adquirida por *Wilshire*, alcanzaron un acuerdo para fijar el precio que cada una de ellas ofertaría en los distintos «puntos de suministro» fijados, y que previamente se habían repartido. De esta manera, cada una de ellas, se aseguraba, de acuerdo con las demás, que sería la empresa elegida en un número concreto de estos puntos, y con ello, un determinado volumen de ventas.

Esta práctica, ilegal y constitutiva de delito, ya se estaba desarrollando, como hemos dicho, y así se declaró probado, cuando *United States v. Wilshire Oil Co.*, la compañía finalmente condenada por ella, adquirió *Riffe Petroleum Company* y continuó tras la misma.

Precisamente por ello, *Wilshire Oil Co.* apeló su condena, alegando que ella, sencillamente, había participado inconscientemente en un acuerdo ya en marcha. El Tribunal de Apelación rechazó esta alegación, y consideró que, desde que se había producido la operación de compra, dicha entidad había tenido la oportunidad de detectar y rechazar las prácticas descritas; de hecho, las pruebas habían puesto de manifiesto que durante los tres años que la *Riffe Division* había sido parte de la primera, el vicepresidente de dicha división había sido consciente de lo que estaba ocurriendo.

Por tanto, concluyó el Tribunal, *Wilshire* no podía pretender librarse de su responsabilidad alegando que no tenía capacidad para supervisar el personal de la misma y a sus subordinados en ella.

De nuevo, aparece esa exigencia a la dirección de la entidad para que ejerza un control real y efectivo sobre el funcionamiento de la empresa, en todos sus niveles.

De hecho, la Jurisprudencia federal ha dado un paso más en este intento de extender el listado de personas físicas que con su actuación pueden dar lugar a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, incluyendo, a estos efectos, a los directivos y empleados de las sociedades filiales -*subsidiary corporation*-, con respecto a la sociedad matriz -*parent company*- y a los contratistas independientes -*independent contractor*-.

### 2.1.1. Los delitos cometidos por los representantes y empleados de las entidades filiales

Como acabamos de exponer, los Tribunales federales admiten la posibilidad de que una persona jurídica pueda ser penalmente responsable por los delitos cometidos por los representantes y empleados de una de sus sociedades filiales.

En la resolución dictada en el caso *United States v. Johns-Manville Corporation*<sup>519</sup>, el Tribunal declaró que la responsabilidad de una *parent company* podía fundarse en dos premisas: a) que la existencia de las filiales, como entidades independientes de la matriz, fuera una mera formalidad y, por tanto, sus *agents* lo fueran en realidad de esta última, constituyendo matriz y filial una empresa unitaria; o, b) que las entidades filiales, aunque con existencia propia, fueran en realidad *agents* de la matriz, de manera que sus empleados fueran *subagents* de esta última<sup>520</sup>.

En la misma línea, aunque de manera más extensa, se pronunciaría la sentencia dictada en el caso *Commonwealth v. Beneficial Finance Co.*<sup>521</sup>, a la que hemos hecho referencia con anterioridad, y que ha sido calificada por algún autor como el *leading case* en esta materia<sup>522</sup>.

En esta resolución se analizaron las condenas recaídas en primera instancia sobre tres sociedades distintas: *House Hold*, *Liberty* y *Beneficial Finance*. Respecto a esta última entidad, las personas físicas que ejecutaron los hechos delictivos que en su momento ya describimos, y que también fueron condenadas, eran, en realidad, directivos y empleados de una entidad filial,

---

<sup>519</sup>*United States v. Johns-Manville Corporation*, 231 F. Supp. 690 (1963). Esta resolución judicial se dictó por el Tribunal, ante el que se había celebrado el juicio, al resolver una moción de absolución por falta de pruebas presentada por la compañía acusada, que alegó que no había quedado acreditada su responsabilidad, en su condición de entidad independiente de sus filiales, *Johns-Manville Sales Corporation*, *Johns-Manville Products Corporation* y *Johns-Manville Products Corporation of California*.

Esta resolución judicial encuentra a su vez amparo legal en la regla 29 de las *Federal Rule of Criminal Procedure*, según la cual, una vez concluida la práctica de la prueba y antes de que la decisión sea diferida al Jurado para emitir su veredicto o incluso después de que se haya emitido el mismo, puede presentarse ante el Juez ante el cual se ha celebrado el juicio una petición de absolución *-motion for a judgment of acquittal-* ante la insuficiencia de la prueba de cargo practicada para fundamentar una declaración de culpabilidad.

<sup>520</sup>«There is sufficient evidence for the jury to find beyond a reasonable doubt either or both of the following: (1) The corporate existence of the subsidiaries apart from the parent was mere form and the agents of the subsidiaries acted as agents for the parent, all of the corporations being one unitary enterprise; (2) The subsidiaries were agents of the parent, and the employees of the subsidiaries acted as sub-agents of the parent corporation».

<sup>521</sup>*Commonwealth v. Beneficial Finance Co.* 360 Mass. 188, 275 N.E. 2d 33 (1971).

<sup>522</sup>En este sentido, Blumberg P. I., Strasser K. A., Georgakopoulos N.L., Gouvin E. J. y Fowler J. W., *Blumberg on Corporate Groups*, cit., vol. 3, §107.07-27.

*Beneficial Management*. El Tribunal de apelación, a pesar de ello, confirmó la condena de *Beneficial Finance*, y para hacerlo realizó varias consideraciones que nos gustaría destacar.

Según dicha resolución, el mero hecho de que el capital de varias sociedades tenga el mismo titular o que, incluso, compartan la misma dirección, por sí mismo, no supondrá que la declaración de responsabilidad penal de una de ellas implique en todo caso la de la otra, sino que será necesario que concurren otras circunstancias adicionales que permitan concluir que, entre ellas, existe algún tipo de relación (de agencia o similar), según la cual una de ellas actúa en realidad en nombre de la otra o incluso como parte de la misma. Y a estos efectos, podrá valorarse: que haya una intervención directa y activa de los directivos de una entidad en el funcionamiento de la otra, de forma que ejerzan un auténtico control sobre sus actividades; que de la relación entre las entidades se derive alguna consecuencia fraudulenta o perjudicial; y, en tercer lugar, que ambas ejerzan una empresa común, confundándose sus respectivas actividades, de manera que su existencia, como entidades independientes, sea meramente formal porque, o es poco relevante, o genera ambigüedad sobre la forma y la capacidad en la que actúan su respectivos representantes.

La aplicación de estas circunstancias condujo al Tribunal a concluir que efectivamente, en el caso de autos, entre la entidad condenada, la matriz, y su filial existía una interconexión clara que justificaba esta condena. En primer lugar, aquella era titular de la totalidad del capital de su filial y la proveía de fondos. En segundo lugar, los puestos directivos de ambas estaban claramente interconectados, pues el presidente, dos vicepresidentes y dos directivos de *Beneficial*, la entidad matriz, eran a su vez directivos de la filial, *Beneficial Management*, mientras que el presidente y vicepresidente de esta última eran, a su vez, dos directivos de la primera, poniéndose así de manifiesto en qué medida la matriz controlaba la filial. Y, en tercer lugar, los servicios que prestaba la entidad filial eran realmente una parte del negocio de la matriz, de forma que la primera no era sino una división de la segunda, de cuyo entramado o «sistema» formaba parte.

En definitiva, dos son los presupuestos que, en un principio, pueden fundamentar la responsabilidad penal de las *parent corporations* por los delitos cometidos por sus entidades filiales.

El primero, que entre ambas exista una *agency relationship* de manera que la entidad subsidiaria sea un agente de la matriz. Si es así, y como ocurriría en el ámbito de la responsabilidad civil, esta última deberá responder de los delitos cometidos por la primera<sup>523</sup>. Ahora bien, si hablamos de una relación entre principal y agente es porque el principal tiene capacidad de control sobre el agente, por lo que, como se infiere de las declaraciones del Tribunal en la última de las sentencias que hemos mencionado, para que la entidad matriz sea responsable de los delitos cometidos en el seno de su filial debe tener sobre ella capacidad de control. De esta forma, no siempre la relación entre una entidad matriz y una entidad filial podrá calificarse como una relación de agencia<sup>524</sup> y, por tanto, la atribución de responsabilidad no será meramente automática<sup>525</sup>.

El segundo criterio conforme al cual podrá exigirse responsabilidad penal a una entidad matriz por los delitos cometidos en el seno de una de sus filiales, como también se deriva de las declaraciones del Tribunal en *Commonwealth v. Beneficial Finance Co*, será considerar que, a pesar de ser formalmente dos entidades distintas, materialmente son una sola, siendo su interrelación tan intensa que, en realidad, los empleados de la matriz lo son de la filial<sup>526</sup>. De esta manera si un grupo de entidades tienen un mismo titular y están bajo una misma dirección, los Tribunales pueden ignorar las fronteras entre una y otra, evitando así que se pueda eludir responsabilidad constituyendo sucesivamente distintas entidades<sup>527</sup>. Se trataría de «levantar el velo entre corporaciones», para alcanzar así a aquella que realmente es titular de las demás y controla su actividad. Para ello, de conformidad con la doctrina jurisprudencial expuesta, podrían

---

<sup>523</sup>En este sentido, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 5. 02 (versión electrónica); Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability*..., cit., vol. 1, p. 105.

<sup>524</sup>Blumberg P. I., Strasser K. A., Georgakopoulos N.L., Gouvin E. J. y Fowler J. W., *Blumberg on Corporate Groups*, cit., vol. 3, §107.08-32. En el mismo sentido, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 5. 02 (versión electrónica).

<sup>525</sup>De la existencia de esta capacidad de control de la entidad matriz sobre la filial parte también la Fiscalía Federal en la *Resource Guide to the US. Foreign Corrupt Practices Act*, publicada por el Departamento de Justicia y por la *Securities and Exchange Commission*, en noviembre del año 2012. En esta publicación, sobre la que volveremos ampliamente en su momento, la Fiscalía y la SEC explican los criterios de aplicación de la *Foreign Practice Corrupt Act (FCPA)*. Pues bien, cuando se trata la cuestión de la responsabilidad por hechos cometidos en el seno de sociedades filiales, y después de declarar expresamente que uno de los criterios que puede amparar dicha responsabilidad es la aplicación de lo que denomina *traditional agency principles*, se añade que la principal característica de tales principios es el control. Por esta razón, según este documento, la Fiscalía y la SEC deberán evaluar, para exigir responsabilidad a una entidad matriz por los actos cometidos en el seno de su filial, el control que tenga efectivamente sobre esta última, teniendo en cuenta para ello factores como el conocimiento y la dirección que ejerza sobre sus acciones.

<sup>526</sup>En este sentido, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 5.02 (versión electrónica). También, Blumberg P. I., Strasser K. A., Georgakopoulos N.L., Gouvin E. J. y Fowler J. W., *Blumberg on Corporate Groups*, cit., vol.3, §107.04, 12-17; Stephan, Spehl y Thomas, Gruetzner, *Corporate Internal Investigations: Overview of 13 Jurisdictions*, cit., § 1..03 (versión electrónica).

<sup>527</sup>Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 5.02 (versión electrónica).



tenerse en cuenta los siguientes factores<sup>528</sup>: a) que una de las entidades ostente la titularidad de todo o la mayor parte del capital de la otra o que ambas tengan un mismo titular; b) que exista una confusión entre los equipos directivos, de manera que uno o varios de ellos ocupen puestos similares en ambas sociedades; c) que estos equipos directivos actúen coordinadamente; d) que las distintas entidades estén especializadas en el ejercicio de una concreta parcela de la actividad que desempeñan, de manera que no podrían sobrevivir por separado; y, e) que todas ellas ostenten una «representación pública» común, actuando ante terceros como una sola empresa o familia.

### 2.1.2. Los delitos cometidos por los contratistas independientes

Los Tribunales federales también han admitido que una persona jurídica pueda ser declarada penalmente responsable por los actos cometidos por aquellos actos cometidos por un contratista independiente que trabaje para ella, que como tal, y a diferencia de sus directivos y empleados, es ajeno a su estructura organizativa.

Así se declaró en la sentencia dictada en el caso *United States v. Parfait Powder Puff Co., Inc.*<sup>529</sup>, donde se desestimó el recuso de apelación formulado por esta última entidad contra su condena en primera instancia, por introducir en el mercado productos adulterados, con vulneración de las disposiciones contenidas en la *Food, Drug and Cosmetic Act*<sup>530</sup>. Concretamente, la compañía *Parfait Powder Puff*, dedicada a la fabricación y venta de productos cosméticos, había contratado con un tercero parte de esta actividad; tercero que elaboraba algunos productos que se comercializaban bajo la marca de la primera. Fue durante dicho proceso de fabricación, cuando este último introdujo en un determinado producto, sin conocimiento de la entidad contratista, algunos ingredientes no autorizados.

Ante esta realidad, la compañía condenada alegó en apelación que los actos de ese tercero, que no era un empleado suyo, sino un colaborador independiente, no le eran imputables.

Esta alegación fue rechazada sin embargo por el Tribunal del Séptimo Circuito. Para dicho órgano, lo relevante no era, como pretendía destacar la entidad condenada, que el autor

---

<sup>528</sup>Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 5.02 (versión electrónica).

<sup>529</sup>*United States v. Parfait Powder Puff Co. Inc.*, 163 F.2d 1008 (7th Cir. 1947), *cert. denied*, 332 U.S. 851, 68 S.Ct. 356 (1948).

<sup>530</sup>Esta norma prevé expresamente que el término *person* en ella utilizado incluye a las *corporations* -§ 201 (e)-.

del delito fuera un contratista independiente y no un auténtico *agent* de la entidad, sino que ésta había elegido en su propio beneficio delegar la responsabilidad de fabricar y distribuir sus productos a través de esta persona, y al decidirlo así, ni podía pretender trasladar a él la responsabilidad por el incumplimiento de unas obligaciones sobre su producto, que a ella correspondían, ni podía alegar que ignoraba lo que estaba ocurriendo. Bastaba con que conociera que el producto en cuestión estaba destinado al mercado, y que como tal, debía cumplir los requisitos previstos en la Ley. En definitiva, y como literalmente expresó el Tribunal, «...quien ostenta un determinado deber frente a terceros, y confía su cumplimiento a otros, sea un contratista independiente o uno de sus *agents*, se convierte en penalmente responsable si este último no cumple sus obligaciones, y dicho incumplimiento es constitutivo de delito»<sup>531</sup>.

Aplica así el Tribunal la línea marcada por la Jurisprudencia en el campo de los *torts*, que, como dijimos, permite imputar al contratante, en este caso una persona jurídica, la responsabilidad por los daños causados por el contratista, si los mismos se causan como consecuencia del incumplimiento de unos deberes que el primero no puede delegar porque a él le corresponde exclusivamente su cumplimiento; lo que ocurre claramente, en el ejercicio de una actividad con alto riesgo para los consumidores, como es el de la fabricación y comercialización de productos. Se coloca así a la persona jurídica, en una posición de garante respecto de los riesgos que puedan derivarse del comportamiento de terceros a los que dicha entidad haya podido confiar el ejercicio de algunas de sus actividades; una posición de garante que no se le permite delegar, pues aún cuando lo haga, si se materializa el riesgo y se produce el daño no quedará exenta de responsabilidad. Recordemos que en el supuesto analizado en la sentencia expuesta, la persona jurídica nunca tuvo conocimiento de lo que estaba ocurriendo, y aún así fue condenada; una condena que en realidad le reprocha que no advirtiera lo que estaba ocurriendo<sup>532</sup>.

En cualquier caso el Tribunal de apelación, en esta resolución, y como se deriva de su lectura, no parece ajeno al hecho de que la condena impuesta derivara de un delito de responsabilidad objetiva para cuya comisión bastaba el incumplimiento de una determinada normativa. En este sentido, compartimos plenamente la opinión de Gruner para quien el Tribunal

---

<sup>531</sup> «In other words, one who owes a certain duty to the public and entrusts its performance to another, whether it be an independent contractor or agent, becomes responsible criminally for the failure of the person to whom he has delegated the obligation to comply with the law, if the non performance of such duty is a crime».

<sup>532</sup> Brickey considera que debemos preguntarnos si es lógico concluir que las personas jurídicas deben responder penalmente por los actos realizados por los contratistas independientes. Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., p. 21.

da a entender que si no nos hubiéramos encontrado ante un supuesto de *strict liability*, sino ante un delito que exigiera la constatación de un determinado *state of mind*, la solución podía haber sido distinta<sup>533</sup>. En efecto, la actividad en la que tuvieron lugar los hechos era la producción y distribución de productos cosméticos, regulada estrictamente por la legislación federal<sup>534</sup>. Parece lógico que la entidad no quede sujeta a una menor responsabilidad por el mero hecho de que encargue a un tercero la realización de parte de su actividad. Si fuera así, se estaría «invitando» a las entidades que se dediquen a esta actividad o a cualquier otra similar, a evitar el cumplimiento de las normas subcontratando parte de sus actividades<sup>535</sup>.

Por el contrario si, como hemos dicho, el delito hubiera sido uno de los que exigiera un determinado *state of mind*, las conclusiones del Tribunal podrían haber sido distintas, pues la constatación de su presencia en el contratista, hubiera podido conducir a concluir que, con su actuación, se excedió de alguna manera de su marco de actuación con respecto a la entidad contratante<sup>536</sup>.

## **2.2. Actuación en el marco de las competencias atribuidas -*scope of employment*-**

Como segundo presupuesto para la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica, la doctrina del *respondeat superior* exige que el delito de que se trate se haya cometido en el ejercicio de las competencias que, en el desarrollo de su labor dentro de la entidad, corresponden a su autor.

En palabras del Tribunal de Apelación del Primer Circuito en *United States v. Cincotta*<sup>537</sup>: «una persona jurídica puede ser condenada por los delitos cometidos por sus representantes de conformidad con la teoría del *respondeat superior*. Pero esta responsabilidad criminal sólo puede ser impuesta a la misma cuando el representante actúe en el ámbito de su función. Esto implica que los actos realizados deben ser del tipo de los que dicho agente está autorizado a realizar»<sup>538</sup>.

---

<sup>533</sup>Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 5.02 (versión electrónica).

<sup>534</sup>Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 5.02 (versión electrónica).

<sup>535</sup>Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 5.02 (versión electrónica).

<sup>536</sup>Véase, Gruner Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 5.02 (versión electrónica).

<sup>537</sup>*United States v. Cincotta*, 689 F.2d 238 (1st Cir.1982), *cert. denied*, 459 U.S. 991 (1982).

<sup>538</sup>«A corporation may be convicted for the criminal acts of its agents, under a theory of respondeat superior. But criminal liability may be imposed on the corporation only where the agent is acting within the scope of employment. That, in turn requires that the agent be performing acts of the kind which he is authorized to perform» Véase al respecto, Brown, H. Lowell, «Vicarious Criminal Liability...», cit., p. 289.

Ahora bien, este presupuesto, consistente en la necesidad de que el acto ilícito esté comprendido en el círculo de aquellos que su autor está autorizado a realizar con relación a la persona jurídica, ha sido interpretado tan ampliamente por la Jurisprudencia de los Tribunales federales que los autores resaltan que para su concurrencia basta sencillamente con que el hecho se haya cometido en el desempeño de cualquiera de las actividades relacionadas con la función que esta persona tenga encomendada en la entidad<sup>539</sup>.

Los propios Tribunales son conscientes de esta interpretación amplia, que asumen. Declara el Tribunal de Apelación del Cuarto Circuito, en el caso *United States v. Automated Medical Laboratories Inc.*<sup>540</sup>, que la expresión *scope of employment* ha sido ampliamente definida para incluir los actos realizados por cuenta de la entidad, durante la ejecución de lo que sería, en líneas generales, el trabajo que corresponde al sujeto en cuestión<sup>541</sup>.

Efectivamente, esta doctrina jurisprudencial no exige que el sujeto esté formalmente autorizado, como consecuencia de su cargo, para realizar el acto en cuestión<sup>542</sup>, bastando con que su autoridad en el caso concreto sea «aparente». Y esta autoridad será aparente<sup>543</sup>, cuando cualquier persona ajena a la entidad asumiría su existencia, valorando para ello su posición en la entidad y las circunstancias que rodean su conducta<sup>544</sup>.

Lo determinante será en definitiva, que el sujeto actúe «en nombre» de la entidad *-on behalf of-*, por cuenta de ella, y realice un acto relacionado con la ejecución de las obligaciones y deberes que le corresponden<sup>545</sup>.

---

<sup>539</sup>En este sentido, Bucy, Pamela H., «Corporate Ethos: A Standard for Imposing Corporate Criminal Liability», 75 *Minn. L. Rev.* 1095 (1991), p. 1148; también, Newman, David y Weissmann, Andrew, «Rethinking Criminal...», cit., p. 422, para quienes este requisito ha sido interpretado tan ampliamente por los Tribunales que, en algunos contextos, se ha vuelto «invisible». También, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 3.05 (versión electrónica), que destaca que la interpretación de este requisito en el ámbito de la responsabilidad penal es más amplio que en el propio de la relación principal-agente.

<sup>540</sup>*United States v. Automated Medical Laboratories Inc.*, 770 F.2d 399 (4th Cir. 1985).

<sup>541</sup>Declara el Tribunal: «the term "scope of employment" has been broadly defined to include acts on the corporation's behalf in performance of the agent's general line of work».

<sup>542</sup>Véase Brickey, Kathleen F., «Perspectives on Corporate...», cit., p. 9; también, Newman, David y Weissmann, Andrew, «Rethinking Criminal...», cit., p. 422; Brown, H. Lowell, «Vicarious Criminal Liability...», cit., p. p. 289-290.

<sup>543</sup>*United States v. Bi-Co Pavers Inc.*, 741 F.2d 730 (5th Cir. 1984).

<sup>544</sup>Véase, Brown, H. Lowell, «Vicarious Criminal Liability...», cit., p. 293. En el mismo sentido las sentencias dictadas en *United States v. Inv. Enters, Inc.*, 10 F. 3d 263, 266 (5th Circuit 1993); o *United Meyer v. Bennet Law Offices*, 238 F. 3d 1068, 1073 (9th Cir. 2001).

<sup>545</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar ...*, cit., p. 19, citando la sentencia dictada en el caso *United States v. American Radiator & Standard Sanitary Corp.*, 433 F.2d 174 (3d Cir. 1970), *cert. denied*, 401 U.S. 948. En esta resolución, el jefe de ventas de una compañía y la compañía misma fueron condenados por concertarse con otras entidades para fijar los precios de sus servicios, vulnerando con ello determinadas disposiciones legales contenidas en la *Sherman Act*. Pues bien, la compañía apeló su condena considerando, entre otras cuestiones, que

A estos efectos, podrá valorarse: el tiempo, el lugar y el propósito del acto en cuestión; su similitud con aquellos actos que el sujeto está formalmente autorizado a realizar; si actos de esta clase son de ordinario realizados por otros empleados o representantes de la entidad; en su caso, en qué medida el acto realizado difiere de los métodos habituales; la relación previa existente entre el tercero al que afecta y aquél que lo realiza; y si el empleador hubiera podido prever la realización de un acto de esa naturaleza<sup>546</sup>.

Por otro lado, si el sujeto, al cometer el hecho, se excedió de sus funciones, bastará que dicho acto hubiera sido debidamente ratificado, para que la entidad sea penalmente responsable por el mismo.

### 2.3. Actuación en beneficio de la entidad

Como tercer presupuesto, para que una persona jurídica sea declarada penalmente responsable por los delitos cometidos por cualquiera de sus directivos o empleados, será necesario que éstos, además de actuar «en su nombre», ejercitando las funciones que le son propias, lo hagan para beneficiar a la entidad o, al menos, con esa intención; requisito que también ha sido interpretado ampliamente por la Jurisprudencia<sup>547</sup>.

Así, su concurrencia no exige que se haya probado la existencia efectiva de algún beneficio presente o futuro para la entidad por mínimo que sea. La clave es la intención del

---

su jefe de ventas, que era quien había logrado el acuerdo, no tenía autoridad para fijar los precios dentro de dicha entidad. El Tribunal de Apelación rechazó este argumento destacando: que esta persona era la encargada de recomendar a los órganos directivos de la compañía los precios que habían de fijarse; que tenía autoridad para establecer descuentos y *job pricing*; y que, además, al menos en una de las reuniones que se mantuvieron para alcanzar el acuerdo, dijo hablar en nombre de la compañía –así lo declaró uno de las personas presentes–.

También, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 3.05 (versión electrónica), que cita la sentencia dictada en el caso *United States v. Singh*, 518 F.3d 236 (4th Cir. 2008). En este supuesto, se acusaba a una entidad, propietaria de un hotel, de varios delitos de blanqueo de capitales relacionados con el ejercicio de la prostitución. Su acusación se basaba en la actuación del director del establecimiento, que reservaba habitaciones sabiendo que se utilizaban para ejercer esta actividad. Esta persona era además «cliente» y reclamaba «servicios» a cambio de no cobrar las habitaciones. Pues bien, frente a las alegaciones de la entidad titular del hotel, el Tribunal de Apelación entendió que aquel, al alquilar las habitaciones, actuó dentro del *scope of his employment*, porque esta expresión, declaró, incluye, «all those acts falling within the employee's or agent's general line of work, when they are motivated –at least in part– by a intent to benefit the corporate employer». Y cuando el director del hotel reservaba habitaciones actuaba dentro de lo que era su «línea de trabajo», aun cuando, a cambio, recibiera también algún beneficio personal.

<sup>546</sup>En este sentido, la sentencia dictada en el caso *Domar Queen Transp., Ltd., Div. Of Lee-Vac Ltd. v. Independent Refining Co.*, 783 F. 2d. 1185 (5th Cir. 1986).

<sup>547</sup>Véase, Brickey, Kathleen F., «Perspectives on Corporate...», cit., p. p. 11-12; Elkins, James R., «Corporations and the...», cit., p. p. 110-112; Brown, H. Lowell, «Vicarious Criminal Liability...», cit., p. p. 294-296; Khanna, V.S., «Corporate Criminal Liability: What Purpose...», cit., p. 1490; Bucy, Pamela H., «Corporate Criminal liability...», cit., p. 1441, para quien este presupuesto concurriría incluso aunque nadie en la entidad tuviera conocimiento del hecho en cuestión. También, Weisman, Miriam F., *Corporate Crime & Financial Fraud*, 1ª ed., 2012, p. 13.

sujeto, bastando que se pretenda beneficiar a la entidad<sup>548</sup>. Sólo si lo único que se persigue es obtener un beneficio propio, la persona jurídica quedará libre de responsabilidad<sup>549</sup>. Es más, incluso cuando la conducta en cuestión cause un daño a la sociedad, será atribuible a la persona jurídica si el sujeto actuó dentro de las funciones que le correspondían y con la intención de beneficiarla<sup>550</sup>.

Sobre este particular resultan muy expresivas las palabras del Tribunal de Apelación del Quinto Circuito en la sentencia dictada en el caso *Standard Oil Company of Texas v. United States*<sup>551</sup>. En esta resolución se afirma que el requisito relativo al beneficio de la entidad no ha de medirse en términos de resultado; lo esencial es que su existencia permite conectar la acción de la persona física con la persona jurídica. Si no existe ese propósito de beneficiar a la entidad, considera el Tribunal, difícilmente podremos afirmar que la persona en cuestión actúa en el marco de las competencias que le corresponden en la compañía<sup>552</sup>.

Se muestra así este Tribunal conforme con la doctrina establecida por otros órganos jurisdiccionales, y particularmente con las manifestaciones que hizo el Tribunal del Cuarto Circuito en el caso *Old Monastery Co. v. United States*<sup>553</sup>, que rechazó expresamente que no pudiera existir responsabilidad penal de la persona jurídica si las pruebas demostraban que los actos realizados por la persona física le habían perjudicado; pues, la existencia de un beneficio real para la entidad no era la clave para exigir responsabilidad, sino un elemento que permitía probar cuál era la intención del sujeto activo cuando cometió el hecho<sup>554</sup>.

---

<sup>548</sup>Brickey, Kathleen F., «Perspectives on Corporate...», cit., p. 11.

<sup>549</sup>Brown, H. Lowell, «Vicarious Criminal Liability...», cit., p. 296.

<sup>550</sup>Brickey, Kathleen F., «Perspectives on Corporate...», cit., p. 11. En el mismo sentido, y concluyendo en consecuencia lo fácil que es apreciar la concurrencia de este presupuesto, Arlen, Jennifer y Kraakman, Reinier, «Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporate Liability Regimes», 72 *N.Y.U. L. Rev.* 687 (1997), p. 2.

<sup>551</sup>*Standard Oil Company of Texas v. United States*, 307 F.2d 120 (5th Cir. 1962).

<sup>552</sup>Declara el Tribunal: «There have been many cases, and there may well be others in the future, in which the corporation is criminally liable even though no benefit has been received in fact. But while benefit is not essential in terms of result, the purpose to benefit the corporation is decisive in terms of equating the agent's action with that of the corporation. For it is an elementary principle of agency that 'an act of a servant is not within the scope of employment if it is done with no intention to perform it as a part of or incident to a service on account of which he is employed'».

<sup>553</sup>*Old Monastery Co. v. United States*, 147 F.2d 905 (4th Cir.1945).

<sup>554</sup>Declara el Tribunal: «we do not accept benefit as a touchstone of corporate criminal liability; benefit, at best, is an evidential, not an operative fact. We agree that benefit is evidential in determining the purpose and motive for which the agent does the act in question. If it is done with a view of furthering the master's business, of doing something for the master, then the expectation or hope of a benefit, whether direct or indirect, makes the act that of the principal. The act is no less the principal's if from such intended conduct either no benefit accrues, a benefit is undiscernible, or, for that matter, the result turns out to be adverse».

En este mismo sentido la sentencia dictada en *United States v. Automated Medical Laboratories Inc.*<sup>555</sup>. En ella el Tribunal de Apelación del Cuarto Circuito declaró que el hecho de que las acciones realizadas por el *agent* finalmente beneficiarán a la entidad no era lo realmente importante. Lo relevante era el propósito que con ellas se perseguía. De manera que sólo aquellos actos que este hubiera realizado en su propio y exclusivo interés, o en el de un tercero, excluían la responsabilidad penal de la persona jurídica. Por tanto era posible que un acto concreto pudiera beneficiar simultáneamente a ambos.

También resulta significativa la sentencia dictada en el caso *United States v. Sun-Diamond Growers of California*<sup>556</sup>, en el que en un asunto relacionado con el pago de sobornos a funcionarios públicos -concretamente al Secretario de Agricultura-, el Tribunal rechazó expresamente la alegación de la entidad condenada relativa a que su vicepresidente, con su comportamiento, realmente había defraudado a la entidad más que beneficiarla, puesto que había utilizado indebidamente el dinero de la misma para el pago de dichos sobornos. Para el Tribunal, este hecho no excluía la conclusión de que esta persona actuó con la intención de beneficiar a la entidad, puesto que parte de su trabajo era precisamente cultivar este tipo de relaciones; de manera que cuando hizo los regalos en cuestión, lo hizo en definitiva con la intención, aunque sin duda mal entendida, de beneficiar a la persona jurídica.

Concluyendo, tal como ha sido y es interpretado por la Jurisprudencia Federal el presupuesto que hemos analizado, se podría concluir que el mismo no concurrirá, únicamente cuando lo que persiga concretamente el sujeto activo sea perjudicar a la entidad, convirtiéndola así en su víctima y sin obtener por tanto beneficio alguno<sup>557</sup>.

## **2.4. Atribución de la culpabilidad a la persona jurídica**

### **2.4.1. Algunas consideraciones generales. El *mens rea* en el Derecho federal**

Cuando la doctrina penal estadounidense se ocupa de los elementos del delito, distingue en él, como hacemos nosotros, en relación con el tipo penal, un elemento objetivo y otro

---

<sup>555</sup>*United States v. Automated Medical Laboratories Inc.*, 770 F.2d 399 (4th Cir. 1985).

<sup>556</sup>*United States v. Sun-Diamond Growers of California*, 138 F.3d 961, 969-70 (D.C. Cir. 1998), *affirmed on other grounds*, 526 U.S. 398 (1999).

<sup>557</sup>Bucy, Pamela H., «Corporate Ethos: A Standard for Imposing Corporate...», cit., p. 1149. En el mismo sentido, Lederman, Eliezer, «Criminal Law, Perpetrator...», cit., p. 290.

subjetivo. A uno y otro se refiere, de ordinario, y respectivamente, con las expresiones latinas *actus reus* y *mens rea*.

Decimos en principio porque algunos delitos han sido definidos por el legislador de tal manera que no exigen este último elemento, siendo suficiente que el sujeto cometa la acción prohibida por la norma para que quede sujeto a la responsabilidad penal correspondiente. Son los delitos conocidos como *strict liability crimes*<sup>558</sup>. Entre estos, dos de las más graves son el delito de *statutory rape*, consistente en tener relaciones sexuales con una persona por debajo de la edad fijada por el legislador a estos efectos, y el delito de bigamia. En el primero de ellos, si existió la relación sexual, el acusado será culpable de dicho delito independientemente de que conociera o hubiera debido conocer la edad del menor; y en el segundo, el autor también será declarado culpable aún cuando hubiera podido pensar razonablemente que el primer matrimonio estaba disuelto o que el cónyuge había fallecido<sup>559</sup>.

Pero, fundamentalmente, este tipo de infracciones penales corresponden a delitos que encajan en la categoría de los denominados *public welfare offenses*. Se trata de infracciones penales que surgen como consecuencia del desarrollo industrial y económico de la sociedad moderna, y, a través de ellas, el legislador trata de imponer obligaciones estrictas a aquellos cuyas actividades afectan más directamente a la salud, a la seguridad o al bienestar general<sup>560</sup>. En esta clase de infracciones penales, la responsabilidad es objetiva, porque la conducta constitutiva de delito expone al público a un riesgo de daño tan inaceptable que es indiferente la intención del que la realiza<sup>561</sup>. Por otro lado, y en palabras del Tribunal Supremo Federal en la sentencia dictada en el caso *Morissette v. United States*<sup>562</sup>, el autor de este tipo de infracciones suele estar además en posición de prevenir dicho daño, sencillamente ejerciendo la diligencia que la sociedad razonablemente puede esperar de él dadas sus responsabilidades<sup>563</sup>.

---

<sup>558</sup>Sobre la clasificación entre delitos *mala in se* y *mala prohibita* nos remitimos a lo expuesto con anterioridad en el apartado segundo del capítulo segundo de este trabajo.

<sup>559</sup>Emanuel, Steven L., *Criminal Law*, cit., p. 31. También, Dressler, Josua, *Understanding Criminal Law*, cit., p. p. 147-148.

<sup>560</sup>Carpenter, Catherine L., «On Statutory Rape, Strict Liability, and the Public Welfare Offense Model», 53 *Am. U. L. Rev.* 313 (2003), p. 324. También, Dressler, Josua, *Understanding Criminal Law*, cit., p. 147.

<sup>561</sup>Brickey, Kathleen F., «Criminal Liability of Corporate Officers...», cit., p. 1343.

<sup>562</sup>*Morissette v. United States*, 342 U.S. 246, 256 (1952).

<sup>563</sup>Declara el Tribunal Supremo en esta resolución: «...hence, legislation applicable to such offenses, as a matter of policy, does not specify intent as a necessary element. The accused, if he does not will the violation, usually is in a position to prevent it with no more care than society might reasonably expect and no more exertion than it might reasonably exact from one who assumed his responsibilities...».

También, en esta resolución, el Tribunal Supremo da algunas pautas para interpretar la norma cuando surjan dudas sobre si estamos o no realmente ante un supuesto de responsabilidad objetiva, porque, para el Tribunal, el



Frente a estos delitos, en los que la responsabilidad es objetiva, la mayoría de las infracciones penales exigen, como hemos dicho, la constancia de la presencia de un determinado *mens rea*.

Tradicionalmente, de conformidad con el *common law*, atendiendo a este elemento subjetivo, los Tribunales distinguían dos clases de delitos: aquellos que exigían un *general intent*, esto es, la mera intención de realizar el acto constitutivo del delito; y aquellos para cuya comisión era necesario sin embargo un *specific intent*, es decir, «algo más» además de esa intención de cometer el hecho<sup>564</sup>. Junto a ellos, se hallaban aquellas infracciones penales que sólo exigían *negligence*, es decir, la creación de un riesgo irrazonable para terceros, a través de la infracción de una norma de cuidado; actuar éste que para algunos no implicaba la existencia de un auténtico *state of mind* porque su esencia era, precisamente, la inconsciencia sobre el riesgo generado<sup>565</sup>.

Esta distinción tradicional ha sido, sin embargo, abandonada en la mayoría de las jurisdicciones, por la ambigüedad de sus términos, particularmente de los términos *general* y *specific intent* y, siguiendo en este extremo la propuesta del *Model Penal Code*<sup>566</sup>, ha sido sustituida por otra, en la que cuatro son los *states of minds* que se distinguen: *purposely*, cuando el sujeto quiere realizar la acción y quiere que se produzca el resultado; *knowingly*, cuando el autor es consciente de su acción y de los resultados que puede producir, aun cuando no desee estos últimos; *recklessly*, cuando el sujeto no desea el resultado pero actúa despreciando conscientemente la existencia de un riesgo sustancial e injustificable de que éste se produzca; y *negligently*, cuando el sujeto tampoco desea dicho resultado, ni tampoco es consciente del riesgo, pero debería haberlo sido<sup>567</sup>.

---

hecho de que la norma no detalle qué elemento subjetivo es exigido para la comisión del hecho delictivo no obliga a concluir necesariamente que estemos ante esta clase de delitos. Véase al respecto, Emanuel, Steven L., *Criminal Law*, cit., p. 32.

También sobre cómo deben ser interpretadas las normas penales en este punto, véase LaFare, Wayne R., *Criminal Law*, cit., p. p. 290-295. Asimismo sobre el debate que despierta la existencia de este tipo de infracciones penales, véase, Dressler, Joshua, *Understanding Criminal Law*, cit., p. p. 148-149. También, LaFare, Wayne R., *Criminal Law*, cit., p. p. 295-298.

<sup>564</sup>Véase, Emanuel, Steven L., *Criminal Law*, cit., p. p. 21-23. También, Dressler, Joshua, *Understanding Criminal Law*, cit., p. p. 137-139. El ejemplo típico de las infracciones que exigían ese *specific intent* es el delito de *burglary* que se comete cuando se allana la morada de alguien con la intención de cometer otros delitos.

<sup>565</sup>Emanuel, Steven L., *Criminal Law*, cit., p. p. 21-22.

<sup>566</sup>Emanuel, Steven L., *Criminal Law*, cit., p. p. 23. En el mismo sentido, LaFare, Wayne R., *Criminal Law*, cit., p. 25, con idéntica referencia al *Model Penal Code*.

<sup>567</sup>Véase, Emanuel, Steven L., *Criminal Law*, cit., p. p. 24-31. También, Khana, V.S., «Is the notion of Corporate fault a faulty notion: The Case of Corporate Mens Rea», 79 *B.U. L. Rev.* 355 (1999), p. p. 367-368.

En la práctica, sin embargo, la constatación de que efectivamente el autor del delito actúa con el *culpable state of mind* exigido por la norma se complica. Por un lado, no existen normas generales que dispongan cómo construir cada uno de estos diferentes elementos subjetivos y sus distintas combinaciones<sup>568</sup>; y por otro, el fenómeno de crecimiento normativo, que se ha traducido, como dijimos, en la aprobación y publicación de un número importantísimo de normas penales y normas no penales, fundamentalmente administrativas, pero que contienen delitos, ha propiciado la utilización por el legislador federal de distintos términos para definir en qué ha de consistir ese *state of mind* en las distintas infracciones penales. Términos que, por otro lado, no siempre han sido interpretados uniformemente por los Tribunales Federales que, a menudo, interpretan el mismo término de diferente manera según la ley en la que aparezca o tienen dificultades para diferenciar entre varios de ellos cuando su significado es muy próximo<sup>569</sup>.

La Comisión Nacional para la Reforma de las Leyes Penales Federales -conocida como *Commission Brown*- constituida en los años 60, y que desde entonces hasta los años 80 estudió varios proyectos de Código Penal Federal, ya detectó entonces más de 78 términos o combinaciones de términos diferentes para definir el *mens rea* (*willful, knowingly, corruptly, falsely, unlawfully, «willfully and corruptly», «falsely and willfully» o «willfully and unlawfully»,* por citar algunos), que sin duda han debido de aumentar considerablemente en los últimos tiempos, dada la explosión normativa<sup>570</sup>.

Esta misma Comisión criticó la confusa e incoherente aproximación al concepto de culpabilidad de los Tribunales federales exigiendo una reforma<sup>571</sup> que, aún hoy, no se ha realizado<sup>572</sup>.

---

<sup>568</sup>Laufer, William S., «Culpability and the...», cit., p. 1065.

<sup>569</sup>Véase al respecto, Laufer, William S., «Culpability and the...», cit., p. 1066 y p. 1069, con citación de varios ejemplos. También, LaFave, Wayne R., *Criminal Law*, cit., p. p. 253-255.

Una muestra de que las dificultades expuestas persisten en la actualidad la representa el hecho de que, en la guía para la aplicación de la *Foreign Corrupt Practice Act*, a una de las cuestiones a las que, precisamente, se trata de dar respuesta, es cómo deben entenderse los términos *corruptly* y *willfully* que en su texto se emplean.

<sup>570</sup>Laufer, William S., «Culpability and the Sentencing of Corporations», *71 Neb. L. Rev.* 1049 (1992), p. p 1065-1066; en el mismo sentido, Khana, V.S., «Is the notion of Corporate fault a faulty notion...», cit., p. p. 366-367.

<sup>571</sup>Laufer, William S., «Culpability and the...», cit., p. p 1065-1066.

<sup>572</sup>El *Model Penal Code* propone reducir a cuatro los posibles *state of mind*: *purposely, knowingly, recklessly* y *negligently*.

#### 2.4.2. *Corporate mens rea*

Es en el marco descrito en el apartado anterior, en el que tenemos que aproximarnos a la cuestión sobre la atribución de la culpabilidad a la persona jurídica.

Estas pueden ser responsables de cualquier delito, exija o no dolo o culpa. Cuando no se exija, por tratarse de delitos de responsabilidad objetiva, la cuestión no plantea especiales problemas pues estaremos ante infracciones penales que consisten, exclusivamente, en la realización de acciones u omisiones prohibidas por la ley<sup>573</sup> que, cometidas por cualquier directivo o empleado de la entidad, se atribuirán a esta, dando lugar a su responsabilidad penal.

Más dificultades, sin duda, plantea la imputación de estas entidades por delitos que exigen un determinado *state of mind*. ¿Cuándo actuará una entidad *willfully*?, ¿cuándo lo hará *knowingly*?<sup>574</sup>. De hecho, como explicamos al examinar la evolución histórica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la respuesta a estas cuestiones fue una de las dificultades más importantes que afrontó en su momento el reconocimiento de dicha responsabilidad. Y, precisamente, para salvar estas dificultades, y de la mano del Tribunal Supremo Federal, se consagró la aplicación, en el ámbito de la responsabilidad penal de las organizaciones, de la doctrina del *respondeat superior*, que supuso la imputación a la persona jurídica del conocimiento e intención de la persona física que cometía el delito, trasladando así su culpabilidad, la de la persona física, a la persona jurídica de la que formaba parte; de manera que, como dijo el Tribunal Supremo en *New York Central & Hudson River v. United States*<sup>575</sup>, el conocimiento y los propósitos de la primera se convertían en los de la segunda.

Por tanto, el *mens rea*, en los términos que exija la norma legal correspondiente, y según, en su caso, hayan sido interpretado por los Tribunales, habrá de concurrir en la persona física que actúa, para ser atribuido a continuación a la persona jurídica.

---

<sup>573</sup>*Standard Oil Co. v. United States*, 307 F.2d 120, 125 (5th Cir. 1962). Dice el Tribunal en esta resolución: «...it is perfectly clear that Congress may in certain areas impose criminal liability on a corporation for the mere doing of the proscribed act wholly unrelated to knowledge, actual or constructive. Application of this is found in the so-called public welfare crimes, such as distribution of harmful drugs, narcotics, etc., where injury to the public interest comes from the act or thing quite without regard to the antecedent circumstances, motivation or conduct...But under such statutes the act is flatly prohibited whether done 'knowingly' or 'willfully' or not. In none of the decided cases so far has the statute under review made knowledge an element of the offense. Of them the Supreme Court has declared, 'The Balint and Behrman offenses belong to a category of another character, with very different antecedents and origins. The crimes there involved depend on no mental element but consist only of forbidden acts or omission».

<sup>574</sup>Véase, Khana, V.S., «Is the notion of Corporate fault...», cit., p. 366.

<sup>575</sup>*New York Central & Hudson River v. United States*, 212 U.S. 481 (1909).

Esta continúa siendo hoy la doctrina dominante en la Jurisprudencia de los Tribunales Federales de los Estados Unidos.

Muy expresivos resultan sobre el particular los términos en los que se pronunció el Tribunal de Apelación del Distrito de Columbia, en su resolución de 22 de mayo de 2009, al confirmar un pronunciamiento anterior del Tribunal de Primera Instancia del mismo Distrito en el caso *United States v. Phillip Morris, Inc.*<sup>576</sup>. Según dijo dicho órgano, las personas jurídicas pueden ser responsables por delitos que exijan la concurrencia de algún elemento subjetivo - *knowledge and intent*- si éstos concurren en sus empleados, porque, añade el Tribunal, aquélla sólo puede actuar con la «voluntad» y el «conocimiento» de éstos. Su culpa depende de la de sus empleados<sup>577</sup>.

En el mismo sentido, la sentencia dictada en el caso *United States v. Ingredient Technology Corp.*<sup>578</sup> donde, en un supuesto en el que la persona jurídica había sido condenada por un delito de perjurio, el Tribunal declaró que dado que esta no podía tener una «voluntad propia», era conforme a Derecho atribuirle la de las personas que actuaron en su nombre<sup>579</sup>.

En la misma línea, la sentencia dictada en el caso *United States v. A & P Trucking Co.*<sup>580</sup>. En esta resolución el Tribunal califica de «cuestión elemental» que las «entidades impersonales», a través precisamente de la doctrina del *respondeat superior*, puedan ser penalmente responsable por delitos que exijan una vulneración *knowing* o *willful* de la ley; añadiendo, y esto resulta interesante por lo que indica sobre la idea que subyace en esta concepción, que las entidades dedicadas, en general, al mundo de los negocios no pueden quedar impunes ante las vulneraciones de las normas cometidas conscientemente por sus *agents* en el ejercicio de sus competencias, sencillamente porque sus accionistas o dueños no

---

<sup>576</sup>*United States v. Phillip Morris Inc.*, 449 F. Supp. 2d 1, 897 (D.C. 2006).

<sup>577</sup>Declara el Tribunal: «corporations may be held liable for specific intent offenses based on the “knowledge and intent” of their employees (...) because a corporation only acts and wills by knowledge and intent virtue of its employees, the proscribed corporate intent depends on the wrongful intent of specific employee... Thus, to determine whether a corporation made a false or misleading statement with specific intent to defraud, we look to the state of mind of the individual corporate officers and employees who made, ordered, or approved the statement».

<sup>578</sup>*United States v. Ingredient Technology Corp.*, 698 F.2d 88, 99 (2nd Cir. 1983), *cert. denied*, 462 U.S. 1131 (1983).

<sup>579</sup>Declaró en esta ocasión el Tribunal: «while a corporation has no independent state of mind, the acts of individuals on its behalf may be properly chargeable to it».

<sup>580</sup>*United States v. A & P Trucking Co.*, 358 U.S. 121, 125 (1958).

hayan participado personalmente en ellas. Corresponde a ellos, dice el Tribunal, procurar que sus representantes y empleados cumplan la ley<sup>581</sup>.

En el mismo sentido se pronunciaba, el 6 de junio de 2013, el Tribunal de Apelación del Séptimo Circuito en *Hills Mcgee v. Sentinel Offender Services LLC*<sup>582</sup>. Decía esta sentencia, citando precisamente al Tribunal Supremo en *New York Central & Hudson River v. United States*, «una compañía puede ser responsable de delitos que exijan *specific intent* sobre la base del «conocimiento y la intención» de sus empleados (...). En otras palabras, una compañía solo actúa o «quiere» a través de sus empleados<sup>583</sup>.

En definitiva, de conformidad con la jurisprudencia de los tribunales federales, la responsabilidad de la persona jurídica es ajena a una determinada noción o idea de culpabilidad de la propia organización y responde en realidad, como han señalado algunos autores, a la decisión de ejercer sobre ella la «presión» suficiente para que se asegure que sus empleados y representantes actúan responsablemente<sup>584</sup>. Se trata así de proteger los intereses generales frente a determinadas conductas que los perjudican<sup>585</sup>. Y más allá de la búsqueda de

---

<sup>581</sup>Señala el Tribunal: «the business entity cannot be left free to break the law merely because its owners, stockholders in the Adams case, partners in the present one, do not personally participate in the infraction. The treasury of the business may not with impunity obtain the fruits of violations which are committed knowingly by agents of the entity in the scope of their employment. Thus pressure is brought on those who own the entity to see to it that their agents abide by the law».

<sup>582</sup>*Hills Mcgee v. Sentinel Offender Services LLC*, 719 F.3d 1236 (11th Cir. 2013). La resolución judicial no se pronuncia en un procedimiento penal, sino con ocasión de la reclamación formulada por una persona, Hills Mcgee, contra la entidad responsable de supervisar su libertad condicional, a la que reclamaba los daños que había sufrido como consecuencia de la revocación indebida de dicho beneficio. Sus consideraciones no obstante resultan igualmente interesantes.

<sup>583</sup>«a company may be held liable for specific intent offenses based on the "knowledge and intent" of its employees (...). In other words, a company only acts or wills by virtue of its employees».

<sup>584</sup>Brown, H. Lowell, «Vicarious Criminal Liability...», cit., p. 292.

Ya en el año 1927, el Juez Federal Henry W. Hedgerton, en su artículo, *Corporate Criminal Responsibility*, se pronunciaba claramente en esta línea, y partiendo de que la única finalidad «civilizada» del Derecho Penal debía ser la prevención, decía: «the question is not whose mind is "guilty," but whose responsibility will serve this deterrent purpose (without disproportionate sacrifice of other social interests)». Y añadía a continuación: «it seems evident that this purpose is further served if corporate criminal responsibility is added to the criminal responsibility of the corporation's representatives». Hedgerton, Henry W., «Corporate Criminal Responsibility », 36 *Yale L. J.* 827 (1927), p. 833.

<sup>585</sup>En esta línea, véase, Alschuler, Albert W., «Two ways to Think about the Punishments of Corporations», 46 *Am. Crim. L. Rev.* 1359 (2009), p. 1380. Para este autor, sencillamente, el legislador y los Tribunales decidieron en su momento que había que perseguir penalmente a las personas jurídicas y entendieron que para ello era necesario aplicar una doctrina como la que estamos analizando, que nunca tuvo realmente una razón de ser, como tampoco la tiene su mantenimiento en la actualidad («the rule of *respondeat superior* never had a reason, and there is no reason to retain it»); en el mismo sentido, Bucy, Pamela H., «Corporate Ethos: A Standard for Imposing Corporate...», cit., p. 1121, que declara que la respuesta que el Tribunal Supremo dio en la sentencia dictada en el caso *New York Central R. Co. v. United States* al problema sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cortó en seco un estudio más crítico y completo sobre cuál debía ser el estándar de imputación a estos efectos, construyendo un precedente, dice esta autora, «en forma de mazo, cuando lo que se necesitaba era un bisturí» («in short, the Court gave as precedent a sledgehammer, when a scalpel is needed»).

justificaciones clásicas sobre el fundamento del castigo o sobre el fundamento de la culpabilidad de la organización, los Tribunales se refugian en el pragmatismo para declarar a las personas jurídicas penalmente responsables por los hechos cometidos por sus representantes y empleados, cualquiera que sea su posición jerárquica en la misma<sup>586</sup>. Para ello acuden a dos argumentos que nos gustaría destacar<sup>587</sup>. El primero (evidente) que la persona jurídica sólo puede actuar a través de las personas físicas que forman parte de la misma. Es más, en la actualidad, la complejidad organizativa de estas entidades conduce a que muchos de sus empleados tengan importantes parcelas de autonomía; por eso, como ya hemos destacado reiteradamente, el comportamiento ilícito de cualquiera de ellos debe ser capaz de generar la responsabilidad penal de la entidad, evitando así zonas de impunidad<sup>588</sup>. Solo así se logrará que todos vigilen a todos y estén motivados para observar las normas<sup>589</sup>.

El segundo argumento sería que el castigo del individuo, sin el de la entidad que le ampara, no evitará la posible comisión de delitos en el futuro; idea que se apoya a su vez en la creencia de que la comisión de muchos de los que hemos denominado *White Collar Crimes* responden a una cierta forma de hacer o entender los negocios, más que a tendencias criminales individuales<sup>590</sup>.

Probablemente por esta misma razón la condena de la persona jurídica solo exige que exista prueba de que uno de sus empleados cometió un delito, y ello aún cuando esta persona no esté plenamente identificada o, estándolo, no se haya formulado acusación contra ella<sup>591</sup> o no

---

<sup>586</sup>Brickey, Kathleen F., «Perspectives on Corporate...», cit., p. p. 21-22; Brown, H. Lowell, «Vicarious Criminal Liability...», cit., p. p. 292-293. Véase también, Saltzburg, Stephen A., «The Control of Criminal Conduct in Organizations», 71 B.U. L. Rev. 421 (1991); y, Dolan, James y Rebeck, Richard, «Notes, Corporate Criminal Liability for Acts in Violation of Company Policy», 50 Geo. L. J. 547 (1961); igualmente, Edgerton, Henry, W., «Corporate Criminal...», cit., p. 833, que muy expresivamente declaraba: «the chief civilized purpose of criminal law is deterrence- the prevention of acts which are conceived to injure one social interest or another. The question is not whose mind is "guilty," but whose responsibility will serve this deterrent purpose (without disproportionate sacrifice of other social interests. It seems evident that this purpose is further served if corporate criminal responsibility is added to the criminal responsibility of the corporation's representatives».

<sup>587</sup>Véase al respecto, Dolan, James y Rebeck, Richard, «Notes, Corporate Criminal Liability...», cit., p. p. 552-554; también Brickey, Kathleen F., «Perspectives on Corporate...», cit., p. p. 21-22.

<sup>588</sup>Es la línea de la sentencia dictada en el caso *C.I.T. v. United States*, 150 F.2d 85, 89 (9th Cir. 1945), ya citado; también la de la dictada en el caso *United States of America v. Dennis R Josleyn*, 206 F.3d 144 (1st Cir. 2000), según la cual: «as to the legal principle, we clarify that there is no requirement that a person be a "central figure" at a company in order for that person's knowledge to be imputed to the company. The person whose knowledge is to be imputed must have some relationship to the company -- whether director, officer, agent, or employee -- which allows the person to obtain the knowledge in the course of the engagement with the company and within the scope of his or her authority».

<sup>589</sup>Alschuler, Albert W., «Two ways to Think about the Punishment...», cit., p. 1376.

<sup>590</sup>Dolan, James y Rebeck, Richard, «Notes, Corporate Criminal Liability...», cit., p. 553.

<sup>591</sup>Lederman, Eliezer, «Criminal Law, perpetrator and Corporation...», cit., p. 290.

haya sido finalmente condenada. Porque esta última, la persona física que cometió el delito, podrá ser absuelta por el Jurado, aun cuando simultáneamente, ese mismo Jurado declare culpable a la persona jurídica. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia federal, cuando esto último ocurre, no estamos ante un *inconsistent verdict*, que como tal habría de ser revocado; y ello porque el Tribunal Supremo Federal ha consagrado una regla general, según la cual cuando la acusación se formula por varios delitos o contra varias personas, el Jurado se pronunciará de forma independiente sobre cada uno de los delitos o sobre cada uno de los imputados, sin que los pronunciamientos alcanzados respecto de unos y otros deban ser necesariamente compatibles. Lo esencial es que cualquier pronunciamiento de culpabilidad, en su caso, esté apoyado en prueba suficiente<sup>592</sup>.

En este sentido se pronunció el Tribunal de Apelación del Séptimo Circuito en la sentencia dictada en el caso *United States v. General Motors Corporation*<sup>593</sup>, donde declaró que la absolución de las personas a través de las cuales necesariamente había debido actuar la persona jurídica no implicaba necesariamente que debiera revocarse el veredicto del Jurado, que sí había declarado culpable a dicha entidad. Para el Tribunal, el problema planteado era el mismo que con carácter general se presentaba en los casos en los que existían varios acusados, y en los que la doctrina del Tribunal Supremo no exigía coherencia o compatibilidad entre todos los pronunciamientos<sup>594</sup>.

Sobre el porqué de este tipo de veredictos, donde se condena a la persona jurídica, pero se absuelve a aquellos que actuaron en su nombre, algunos autores rechazan que estemos ante una decisión más o menos caprichosa de los jurados; entendiendo que pueden derivar o de su mayor renuencia a condenar penalmente a las personas físicas que a las jurídicas, por las

---

<sup>592</sup>*Dunn v. United States*, 284 U.S. 390 (1932).

<sup>593</sup>*United States v. General Motors Corporation*, 121 F.2d 376 (7th Cir. 1941).

<sup>594</sup>Expresó sobre este punto el Tribunal: «in other words, we believe that the acquittal of the officers and agents, even if they had been the only persons through whom the corporations could have acted, should not operate without more to set aside the verdict against the corporations. Nor do we attach significance to the argument that the problem of inconsistent verdict in the instant case presents a different problem than that when the verdicts upon two counts are inconsistent. See *Dunn v. United States*, 284 U.S. 390, 393, 52 S.Ct. 189, 76 L.Ed. 356, 80 A.L.R. 161; *United States v. Meltzer*, 7 Cir., 100 F.2d 739, 741. In fact we believe that the same rule is applicable, that consistency in a verdict is not required, and that the language in the *Austin-Bagley* case supra tends in that very direction».

En el mismo sentido, la sentencia dictada en el caso *Magnolia Motor and Logging Co. v. United States*, 264 F.2d 950, 953 (9th Cir. 1954).

distintas consecuencias que de ello puede derivar, o de la creencia de que, en dichas entidades, existen presiones que han podido llevar a los primeros a cometer la infracción penal<sup>595</sup>.

En cualquier caso, aun cuando desde un punto de vista procesal, los supuestos de condena de la entidad y absolución de sus *agents* pueden resolverse con cierta facilidad aplicando la doctrina del Tribunal Supremo que no entiende incompatibles estos pronunciamientos, desde el punto de vista de la aplicación de la doctrina del *respondeat superior*, la afirmación de esta compatibilidad resulta llamativa, puesto que esta doctrina descansa precisamente en la atribución a la persona jurídica de la culpabilidad de la persona física que precisamente en este tipo de veredictos, en los que se absuelve a esta última, no se ha declarado<sup>596</sup>.

De hecho, en algunas resoluciones, los Tribunales Federales han sido conscientes de esta «contradicción»<sup>597</sup>. En *Imperial Meat Co. v. United States*<sup>598</sup>, el Tribunal de Apelación del Décimo Circuito declaró que el *trial judge* no había actuado erróneamente al instruir al jurado en el sentido de que para declarar culpable a la persona jurídica era necesario declarar así, al menos, a uno de los empleados que, junto a ella, hubieran sido acusados.

En *American Medical Ass'n v. United States*<sup>599</sup>, en una resolución ajena por cierto a la doctrina jurisprudencial dominante el Tribunal de Apelación sostuvo que la condena de las entidades apelantes no dependía de las de sus *agents*; reprochando a las primeras que cuando reclamaban su absolución, porque estos últimos habían sido absueltos, estaban confundiendo los conceptos de responsabilidad individual y corporativa. Cuando una persona jurídica, decía el Tribunal, es culpable de un delito, lo es por un acto propio de la entidad, calificando de *immaterial* el hecho de que esta tuviera que actuar a través de aquellos<sup>600</sup>.

---

<sup>595</sup>Véase, Foerschler, Ann, «Corporate Criminal Intent: Toward a Better Understanding of Corporate Misconduct», 78 *Cal. L. Rev.* 1287 (1990), p. 1290; también, Neumann Vu, Stacey, «Corporate Criminal Liability: Patchwork Verdicts and The Problems of Locating a guilty Agent», 104 *Colum. L. Rev.* 459 (2004), p. 469; Coffee, John C., «No soul to Damn: No body to Pick»: An Unscandalized Inquiry into The Problem of Corporate Punishment», 79 *Mich. L. Rev.* 386 (1981), p. 433, señalando la simpatía que ciertos acusados pueden despertar en los jurados, particularmente cuando son de clase media.

<sup>596</sup>En este sentido, Foerschler, Ann, «Corporate Criminal Intent...», cit., p. 1290.

<sup>597</sup>Véase, Foerschler, Ann, «Corporate Criminal Intent...», cit., p. p. 1290-1291.

<sup>598</sup>*Imperial Meat Co. v. United States*, 316 F.2d 435 (10th Cir. 1963), *cert. denied*, 375 U.S. 820 (1963).

<sup>599</sup>*American Medical Ass'n v. United States*, 130 F.2d 233 (12th Cir. 1942).

<sup>600</sup>Las palabras del Tribunal fueron las siguientes: «Appellants' contention confuses the concepts of corporate and individual criminal liability. When a corporation is guilty of crime it is because of a corporate act, a corporate intent; in short, corporate commission of crime. The fact that a corporation can act only by human agents is immaterial. How separate is the identity of the corporate person and the individual person, where criminal liability is



### 3. Actuaciones contrarias a la política de la entidad o a instrucciones expresas

Una persona jurídica podrá ser penalmente responsable por los actos realizados por uno de sus representantes o empleados, aún cuando haya actuado contraviniendo la política de la entidad o instrucciones expresas dadas al respecto por sus superiores. La existencia de esta política o de las mencionadas instrucciones podrán ayudar a prevenir conductas delictivas, y también, como veremos en su momento, a modular la pena que merece la persona jurídica, pero no excluye su responsabilidad penal.

Esta conclusión resulta, en realidad, coherente con la aplicación de los principios de la doctrina del *respondeat superior* que, como hemos explicado, es ajena realmente a una noción de culpabilidad propia de la organización. Esta es culpable porque lo es el representante o empleado que ha cometido el delito, por lo que es lógico que sus esfuerzos para prevenir las infracciones penales resulten irrelevantes. La entidad no responde por un hecho propio sino por uno ajeno, el de su representante o empleado. Desde esta perspectiva, todas las personas jurídicas, honestas o deshonestas, buenas o malas, pueden ser condenadas si se prueba que cualquier empleado cometió el delito<sup>601</sup>.

Esta es la doctrina seguida mayoritariamente por la Jurisprudencia Federal, contraria a admitir, en defensa de la persona jurídica, las alegaciones relativas a que el acto ilícito cometido contravenía la política de la empresa o las instrucciones concretas dadas a su autor o, más recientemente, las normas incluidas en los programas de *compliance* elaborados para prevenir la comisión de delitos en su seno<sup>602</sup>.

La cuestión se planteó tempranamente ante los Tribunales federales que a pesar de que dictaron algunas resoluciones reconociendo esta posibilidad, finalmente se han inclinado mayoritariamente, por negar la misma.

---

concerned, is shown by the fact that a corporation may be found guilty of a crime, the essential element of which is a specific criminal intent»

<sup>601</sup>Bucy, Pamela H., «Corporate Ethos: A Standard for Imposing Corporate...», cit., p. 1104.

<sup>602</sup>Véase al respecto, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 3.07 (version electrónica); Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar ...*, cit., p. 28. En el mismo sentido, Podgor, Ellen S. e Israel Jerold H., *White Collar Crime...*, cit., p. 26; también, Walsh, Charles J. y Pyrich, Alissa, «Corporate Compliance as a Defense...», cit., p. 662; Brown, Lowell H., «Vicarious Criminal Liability ...», cit., p. 309; y Elkins, James R., «Corporations and the ...», cit., p. p. 119-12.

Según la regla §8B2.1 (*Effective Compliance and Ethics Programs*) de las *sentencing guidelines*, en una primera aproximación, un programa de *compliance* es aquel programa efectivo para prevenir y detectar las infracciones legales -*effective program to prevent and detect violations of law*-.

Así, en *John Gund Brewing Co. v. United States*<sup>603</sup>, apenas cuatro años después de que el Tribunal Supremo Federal hubiera dictado sentencia en *New York Central & Hudson River v. United States*, se admitió que la compañía acusada, *John Gund Brewing Co.*, uno de cuyos vendedores había enviado por mar bebidas alcohólicas, falsificando los conocimientos de embarque para evitar el pago de impuestos, pudiera alegar no sólo que esa persona había actuado sin su conocimiento o consentimiento, sino también, vulnerando las instrucciones expresas que le habían sido facilitadas<sup>604</sup>.

En el mismo sentido, la sentencia dictada en *Nobile v. United States*<sup>605</sup>, en un supuesto de hecho relacionado con la venta de «licores tóxicos» en violación de la *Nacional Prohibition Act*. En este caso, respecto a la responsabilidad del propietario de las instalaciones donde se encontró el producto, el tribunal declaró que no podía ser penalmente responsable, aunque sí civilmente, por aquellos actos de sus empleados que, aunque estuvieran dentro de sus funciones, fueran contrarios a sus órdenes y no estuvieran autorizados por él expresa o implícitamente<sup>606</sup>.

Esta misma doctrina fue la sostenida en la resolución dictada en 1946, por el Tribunal del Sexto Circuito, en el caso *Holland Furnace Co. v. United States*<sup>607</sup>. En este supuesto, la compañía había sido condenada en primera instancia por vulnerar las disposiciones establecidas por el *War Production Board*, organismo creado durante la Segunda Guerra Mundial para regular la producción de combustible y de otros productos durante el conflicto. Concretamente, uno de sus vendedores había vendido un horno a un cliente, obteniendo fraudulentamente el certificado de que no era posible reparar el anterior. Al recurrir su condena, la compañía alegó que, como había quedado probado, ella no sólo desconocía que el certificado obtenido por su empleado era irregular, sino que además se habían tomado medidas concretas y extensas para que su personal cumpliera con la normativa establecida por el organismo citado, incluyendo información concreta sobre las mismas a todos sus empleados y reuniones con ellos para ponerlas en común. El Tribunal de Apelación estimó estas alegaciones y revocó la condena<sup>608</sup>. Para ello, en línea con las resoluciones judiciales que hemos citado con anterioridad, que menciona expresamente, argumentó que era posible rebatir la aplicación de los principios de la teoría de la

---

<sup>603</sup>*John Gund Brewing Co. v. United States*, 204 F. 17 (8th Cir. 1913), *modified*, 206 F. 386 (8th Cir. 1913).

<sup>604</sup>Véase al respecto, Brown H. Lowell, «Vicarious Criminal Liability ...», cit., p. p 310-311.

<sup>605</sup>*Nobile v. United States*, 284 F. 253 (3rd Cir. 1922).

<sup>606</sup>Véase al respecto, Brown, H. Lowell, «Vicarious Criminal Liability ...», cit., p. 311

<sup>607</sup>*Holland Furnace Co. v. United States*, 158 F.2d 2 (6th Cir. 1946).

<sup>608</sup>Véase al respecto, Dolan, James V. y Rebeck, Richard S., «Note. Corporate Criminal...», cit., p. p. 554 -555.

agencia si se acreditaba que el hecho se había realizado sin estar autorizado por el principal y en contra de lo por él dispuesto, siempre que las instrucciones de este último hubieran sido impartidas de buena fe y no fueran meramente formales.

La línea jurisprudencial abierta por estas resoluciones<sup>609</sup>, sin embargo, como hemos adelantado, no se mantuvo, y pronto fueron mucho más numerosas las resoluciones judiciales que siguieron la dirección contraria, dando paso a una tendencia que ha continuado hasta hoy.

Fue el caso de la sentencia dictada en el caso *United States v. American Radiator & Standard Sanitary Corp.*<sup>610</sup>, en la que la condena penal de la persona jurídica por la concertación por parte de su jefe de ventas de un acuerdo para fijar precios con la competencia, se confirmó, aún cuando dicha concertación violaba la rígida política de la compañía contraria a cualquier intercambio de información o confraternización con tales competidores.

En un sentido similar, la sentencia dictada en el caso *United States v. Hilton Hotels Corp.*<sup>611</sup>. En este supuesto, la responsabilidad penal de la persona jurídica tenía su origen en un acto cometido por uno de sus *agents* que vulneraba las disposiciones de la *Sherman Act*. Pues bien, a pesar de que se declaró probado que sus actividades eran contrarias a la política de la compañía, y que incluso había recibido órdenes expresas en sentido contrario, el Tribunal no consideró que estas circunstancias hubieran de conducir a la absolución de la entidad porque esta no podía quedar libre de responsabilidad si, a pesar de haber emitido una serie de declaraciones e instrucciones generales, no había realizado los esfuerzos necesarios, en función de los riesgos existentes, para que unas y otras se cumplieran efectivamente.

La misma doctrina sigue la sentencia dictada en el caso *United States v. Twenty Century Fox Film Corp.*<sup>612</sup>. En esta resolución, donde la entidad fue condenada, junto con uno de sus empleados, por no cumplir las disposiciones establecidas en un acuerdo alcanzado previamente con las autoridades -*consent decree*-, que había puesto fin, a su vez, a un procedimiento judicial abierto contra ella por violación de las normas *antitrust*. El Tribunal de Apelación del Segundo Circuito declaró expresamente que el hecho de que la *Fox* desarrollara en su momento un

---

<sup>609</sup>Además de las ya mencionadas, puede citarse la sentencia dictada en el caso *United States v. Kroger Grocery & Baking Co.*, 163 F.2d 168 (1947).

<sup>610</sup>*United States v. American Radiator & Standard Sanitary Corp.*, 433 F.2d 174 (3rd Cir. 1970).

<sup>611</sup>*United States v. Hilton Hotels Corp.*, 467 F.2d 1000 (9th Cir. 1972), *cert. denied*, 409 U.S. 1125 (1973).

<sup>612</sup>*United States v. Twenty Century Fox Film Corp.*, 882 F. 2d. 656 (2nd Cir.1989).

*compliance program*, para que sus empleados cumplieran precisamente el acuerdo citado, no era un obstáculo para que fuera declarada penalmente responsable del delito por el que se le había acusado -*criminal contempt*-, si uno de sus empleados, actuando en el marco de sus competencias, como de hecho había ocurrido, había incumplido el mismo. Acreditado este hecho, la entidad debía responder penalmente por el mismo. Ésta es, dijo el Tribunal, la regla de la responsabilidad vicarial, que es precisamente la que anima a las compañías a establecer este tipo de programas.

La misma posición mantiene la sentencia dictada, más recientemente, en el caso *United States v. Potter*<sup>613</sup>. Según se declara en dicha resolución, una persona jurídica no puede evitar su responsabilidad penal adoptando «normas abstractas» que prohíban a sus empleados realizar actos ilegales. Los esfuerzos que se realicen por la entidad para implementar tales normas, se añade, no la eximen automáticamente de responsabilidad por los delitos cometidos por su empleados o *agents*, como no la exime el hecho de que estos hayan actuado vulnerando órdenes expresas<sup>614</sup>.

Concluyendo, el hecho de que el delito se haya cometido vulnerando instrucciones dadas al respecto o a pesar de la existencia de un programa de cumplimiento destinado a evitar conductas como la realizada, no impedirá que la persona jurídica sea penalmente responsable del mismo; no impedirá, en definitiva, como declaró el Tribunal en *United States v. Twenty Century Fox Film Corp.*, la aplicación de la doctrina del *respondeat superior*.

Ahora bien, lo que sí han admitido algunas sentencias es que la existencia de dichos programas, y en general, los esfuerzos realizados por las entidades para evitar un acto delictivo concreto, puedan ser valorados, si bien no como hecho independiente para no aplicar los estándares de imputación ya expuestos, sí como elemento a valorar por el Jurado para concluir

---

<sup>613</sup>*United States v. Potter*, 463 E. 3d 9 (1st Cir. 2006).

<sup>614</sup>Declara el Tribunal en esta sentencia: «the legal rules for imputing criminal responsibility to corporations are for obvious practical reasons, built upon analogous rules for civil liability. The scope of employment test does not require specific directives from the board or president for every corporate action; it is enough that the type of conduct is authorized. The case law has rejected arguments that the corporation can avoid liability by adopting abstract rules that no agent can make an unlawful price-fixing contract or no driver exceed the speed limit. *United States v. Automated Med. Labs., Inc.*, 770 F.2d 399,406 & n. 5 (4th Cir.1985); □ *United States v. Basic Constr. Co.*, 711 F.2d 570, 573 (4th Cir.), cert. denied, 464 U.S. 956, 104 Even a specific directive to an agent or employee or honest efforts to police such rules do not automatically free the company for the wrongful acts of agents. The principal is held liable for acts done on his account by a general agent which are incidental to or customarily a part of a transaction which the agent. And this is the case, even though it is has been authorized to perform established fact that the act was forbidden by the principal».

si el autor del delito actuó en el marco de sus competencias o con la intención de beneficiar a la entidad.

Esta fue la posición mantenida por el Tribunal en la sentencia dictada en el caso *United States v. Basic Constr. Co.*<sup>615</sup>.

En él, como en otros casos que hemos analizado, se planteó la corrección de las instrucciones dadas al jurado. Concretamente, cuando el juez informó a este último sobre qué debía valorar para declarar culpable a la entidad acusada, dijo, en primer lugar, que la misma podía ser penalmente responsable por los hechos cometidos por sus *agents*, dentro del marco de sus competencias, aunque tales hechos contravinieran instrucciones concretas o la propia política de la compañía; y, en segundo lugar, que no obstante lo anterior, la existencia de estas instrucciones o de una política de la empresa al respecto podía tenerse en cuenta para valorar si el autor del delito había actuado con la intención de beneficiar a esta última<sup>616</sup>. El Tribunal de Apelación consideró conforme a Derecho las indicaciones dadas al jurado.

Un supuesto muy similar fue el planteado en el caso *United States v. Beusch*<sup>617</sup>. En esta resolución el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito, con ocasión del recurso interpuesto, también examinó las indicaciones que habían sido dadas al jurado sobre la posible responsabilidad vicarial de la entidad y rechazó todas las impugnaciones que fueron planteadas. Especialmente, como en el caso anterior, consideró correctas aquéllas en las que se decía al Jurado que las instrucciones y políticas de la compañía acusada podían ser valoradas para concluir si efectivamente los actos ilícitos que habían realizado sus empleados lo habían sido para beneficiar a la entidad. Ahora bien, añadió, la mera existencia o publicación de unas y otras, sin el empleo de la debida diligencia para su ejecución, no podía ser suficiente para considerar

---

<sup>615</sup>*United States v. Basic Constr. Co.*, 711 F.2d 570 (4th Cir.1983).

<sup>616</sup>Las instrucciones fueron, según recoge la sentencia de apelación, las siguientes: «a corporation is legally bound by the acts or statements of its agents done or made within the scope of their employment, and within their apparent authority, acts done within the scope of employment and acts done on behalf of or to the benefit of a corporation, and directly related to the performance of the type duties the employee has general authority to perform. ... When the act of an agent is within the scope of his employment or within the scope of his apparent authority, the corporation is held legally responsible for it. This is true even though the agent's acts may be unlawful, and contrary to the corporations [sic] actual instructions(...)».

A corporation may be responsible for the action of its agents done or made within the scope of their authority, even though the conduct of the agents may be contrary to the corporation's actual instructions, or contrary to the corporation's stated position.

However, the existence of such instructions and policies, if any be shown, may be considered by you in determining whether the agents, in fact, were acting to benefit the corporation».

<sup>617</sup>*United States v. Beusch*, 596 F.2d 871 (9th Cir.1979).

probado que los actos de los empleados que las hubieran contravenido excedían del ámbito de sus competencias<sup>618</sup>.

En definitiva, surge la posibilidad de que el hecho de que la entidad tenga una política dirigida a prevenir infracciones penales pueda ser valorado para excluir que el autor del delito actuó en beneficio de la misma o, también, para excluir que lo hiciera en el marco de sus funciones. En efecto, el hecho de que la compañía tenga un adecuado programa de *compliance* que informe realmente a sus empleados que la dirección de la entidad no desea las conductas ilegales puede conducir a concluir que su comisión no tuvo lugar en beneficio de la entidad y no pretendía pues perseguir sus intereses, sino los particulares del empleado que las llevó a cabo<sup>619</sup>.

A esta última posibilidad, y citando la sentencia del caso *United States v. Beusch*, se refirió el Tribunal del Segundo Circuito en la sentencia dictada en el año 2009 en el caso *United States v. Ionia Management S.A.*<sup>620</sup>, al confirmar la condena de la compañía por una serie de vertidos contaminantes e ilegales realizados, desde uno de sus barcos, por algunos empleados

Esta sentencia, sobre la que volveremos en su momento, resulta interesante por varias razones.

La primera, porque en el recurso de apelación interpuesto por la compañía demandada, intervinieron, a título de *amici curiae*, la *U.S. Chamber of Commerce* y la *Association of Corporate Counsel*, que solicitaron expresamente al Tribunal que revisara el precedente establecido en la sentencia *New York Central R. Co. v. United States*<sup>621</sup>, que permitía, sin mayores exigencias, que la compañía respondiera penalmente por los actos ilegales realizados

---

<sup>618</sup>Fueron las palabras del Tribunal: «we have examined all of the instructions related to vicarious responsibility and find that, read in context, the challenged instruction does not mean what Deak says it means. It does not impose strict liability on Deak without proof of intent. Rather, it suggests that a corporation may be liable for acts of its employees done contrary to express instructions and policies, but that the existence of such instructions and policies may be considered in determining whether the employee in fact acted to benefit the corporation. Merely stating or publishing such instructions and policies without diligently enforcing them is not enough to place the acts of an employee who violates them outside the scope of his employment. See *United States v. Armour*, 168 F.2d 342 (3d Cir. 1947). It is a question of fact whether measures taken to enforce corporate policy in this area will adequately insulate the corporation against such acts, and we see no reason to disturb the jury's finding in this regard. The instruction given the jury, read in context, is a proper statement of the law. See *United States v. Hilton Hotels Corp.*, 467 F.2d 1000 (9th Cir. 1973), Cert. denied, 409 U.S. 1125, 93 S.Ct. 938, 35 L.Ed.2d 256 (1973)».

<sup>619</sup>Véase, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 14.1 (versión electrónica).

<sup>620</sup>*United States v. Ionia Management S.A.*, 555 F. 3d 303 (2nd Cir. 2009).

<sup>621</sup>*New York Central R. Co. v. United States*, 212 U.S. 481 (1909).

por sus empleados<sup>622</sup>. El Tribunal rechazó esta pretensión y afirmó su vinculación al citado precedente, y por tanto a los presupuestos en él establecidos para declarar la responsabilidad penal de las personas jurídicas; declarando que, en el caso concreto, el jurado había contado con prueba suficiente a estos efectos.

La segunda, porque, frente a las argumentaciones de las partes mencionadas, el Tribunal de Apelación también rechazó que, para declarar la responsabilidad de la entidad, el Fiscal hubiera tenido que probar, como hecho independiente, que la misma carecía de políticas o procedimientos para prevenir y detectar la comisión de infracciones penales por sus empleados; algo que consideró contrario a los precedentes judiciales existentes<sup>623</sup>.

La tercera razón por la que resulta relevante esta resolución, y por la que la mencionamos en este momento, es que la misma, no obstante las conclusiones anteriores, sí consideró ajustadas a Derecho las instrucciones dadas al jurado, respecto a que la existencia y contenido de esas políticas y procedimientos, en definitiva, de un programa de *compliance*, si no como hecho independiente, sí podía ser valorado para determinar si los empleados de la compañía habían actuado en el ámbito de sus competencias.

Sigue así esta sentencia la estela de los precedentes judiciales que han considerado igualmente ajustadas a Derecho tales instrucciones, sea para valorar, como aquí se declara, si el empleado actuó en el ámbito de sus competencias, sea para valorar si lo hizo con la intención de beneficiar a la compañía. De esta manera, la existencia de un programa de *compliance* se introduce en el juicio como elemento a tener en cuenta para concluir si concurren los presupuestos de la doctrina del *respondeat superior*<sup>624</sup>.

Esta doctrina jurisprudencial merece, a nuestro juicio, algún comentario.

---

<sup>622</sup>Nanda, Ve. P., «Corporate Criminal Liability...», cit., p. 612.

<sup>623</sup>Declara el Tribunal: «furthermore, we refuse to adopt the suggestion that the prosecution, in order to establish vicarious liability, should have to prove as a separate element in its case-in-chief that the corporation lacked effective policies and procedures to deter and detect criminal actions by its employees. We note that this argument is made only by amici curiae and not by Ionia, and so we are not obligated to adding such, but the argument, whoever made it, is unavailing consider it. Seean element is contrary to the precedent of our Circuit on this issue. Twentieth Century Fox Film Corp., 882 F.2d at 660 (holding that a compliance program, “however extensive, does not immunize the corporation from liability when its employees, acting within the scope of their authority, fail to comply And this remains so regardless of asserted new Supreme Court with the law”)).»

<sup>624</sup>Véase, Walsh, Charles J. y Pyrich, Alissa, «Corporate Compliance as a Defense...», cit., p. p. 664-665. También, Brown, H. Lowell, «Vicarious Criminal Liability...», cit., p. p. 315-316.

Por un lado, parece que abre una brecha en la estricta aplicación de la doctrina del *respondeat superior*, permitiendo valorar, para declarar la responsabilidad penal de la persona jurídica, un hecho propio de la misma, que apunta, sin reconocerlo expresamente, a la posible existencia de un *corporate mens rea* ajeno a la de la persona física. De hecho si observamos los precedentes judiciales que hemos expuesto, las entidades acusadas utilizan este argumento (el de los esfuerzos realizados para evitar el delito), para negar que concurra en ellas, el *state of mind* exigido por la norma en el caso concreto.

Pero los Tribunales no van tan lejos. Admiten sin excesiva concreción, que tales esfuerzos puedan ser valorados; pero, en realidad, no como elemento independiente, y por tanto como presupuesto para la condena o no de la persona jurídica, sino como factor para determinar si la actuación del autor del delito se mantuvo dentro de los márgenes exigidos por la doctrina del *respondeat superior*, siempre, claro está, que vayamos más allá del mero formalismo y tales esfuerzos hayan sido implementados. Pero, esta última posibilidad, si valoramos la interpretación claramente extensiva que los Tribunales han hecho de estos márgenes parece realmente remota; y en cierta medida, no dejamos de advertir cierta contradicción en que, por un lado, la política desarrollada por una entidad para prevenir el delito cometido no puede excluir su responsabilidad penal, y sin embargo pueda ser valorada para concluir si su autor actuó en el marco de sus competencias o en beneficio de la misma.

Precisamente por ello, nos resultan más interesantes las ideas que se derivan de esos primeros precedentes judiciales, que sí admitieron abiertamente que la existencia de esas políticas internas pudiera excluir la responsabilidad penal de la entidad, aunque lo hicieran, cada uno de ellos, desde distinta perspectiva, y no supusieran la superación de la doctrina del *respondeat superior*.

Es el supuesto de las sentencias dictadas en los casos *Holland Furnace Co. v. United States*<sup>625</sup> y *United States v. Kroger Grocery & Baking Co*<sup>626</sup>.

En la primera de ellas, el hecho de que el delito en cuestión se hubiera cometido por un empleado, vulnerando las instrucciones expresas que al respecto se le habían dado desde la entidad, no se utilizó como argumento para concluir que su autor, al realizarlo, se hubiera

---

<sup>625</sup>*Holland Furnace Co. v. United States*, 158 F.2d 2 (6th Cir. 1946).

<sup>626</sup>*United States v. Kroger Grocery & Baking Co.*, 163 F.2d 168 (7th Cir.1947).



excedido de sus funciones, si no para apoyar la conclusión de que sus directivos no tenían conocimiento del hecho ilícito, ni habían participado en su comisión. De esta manera, esta resolución se aproxima, en cierta manera, a la tesis, contraria por otro lado a la línea jurisprudencial dominante ya en ese momento, de que sólo la actuación personal de estos últimos, o la consentida por ellos, puede dar lugar a la responsabilidad penal de la entidad. El Tribunal, aunque admite que algunas de las sentencias citadas a su vez por la acusación, efectivamente permitían confirmar la condena de la entidad, pues el hecho en cuestión, en cualquier caso, había sido cometido por uno de sus empleados, declara expresamente que ello, extendería la responsabilidad penal de las personas jurídicas más allá de lo que el propio Tribunal considera adecuado<sup>627</sup>; destacándose al respecto como, en el supuesto concreto, ninguna persona, entre sus 4.000 empleados, que ostentara un puesto de alta responsabilidad en la entidad, había estado implicado en los hechos.

En la segunda resolución mencionada, dictada en el caso *United States v. Kroger Grocery & Baking Co.*<sup>628</sup>, el Tribunal entendió que las actuaciones que había llevado a cabo la entidad condenada para prevenir el delito eran un elemento relevante para concluir si concurría en ella el *mens rea* exigido. En esta sentencia, dictada en 1947, la condena, finalmente revocada en segunda instancia, había sido, como en el caso *United States v. Twenty Century Fox Film Corp.*<sup>629</sup> por un delito de *criminal contempt*, por violar, en este caso, una orden judicial que prohibía a la compañía vender determinados productos por encima del precio máximo establecido por la *Office of Price Administration*<sup>630</sup>. En ella, frente a las conclusiones alcanzadas años después en el caso contra la *Fox*, el Tribunal de Apelación sí consideró que las actuaciones que había llevado a cabo la compañía para que todos sus empleados cumplieron con la orden judicial, y que resultaron acreditadas, debían valorarse; y debían serlo para concluir si dicha compañía, que no su empleado, había actuado, como exigía el delito en cuestión, *deliberately, knowingly and wilfully*, esto es, para valorar la concurrencia del *mens rea* en la propia persona

---

<sup>627</sup> «There is a total lack of proof that any officer of the corporation was particeps criminis with its salesman, Boyd. Nor was anyone as high in authority as branch manager among the company's 4,000 employees proven to be a partner in the crime. The emphatic admonition of the corporation to its agents against an unlawful act such as Boyd committed has been previously detailed. The sweeping dicta in some of the authorities would seem to lend some support to the Government's position; but to hold the corporation, Holland Furnace Company, criminally liable for Boyd's unlawful acts *on the facts of this case* would carry corporate responsibility beyond the holding in any case which has been cited and beyond the boundary to which we think corporate criminal responsibility should be carried».

<sup>628</sup> *United States v. Kroger Grocery & Baking Co.*, 163 F.2d 168 (1947).

<sup>629</sup> *United States v. Twenty Century Fox Film Corp.*, 882 F. 2d. 656 (2nd. Cir. 1989).

<sup>630</sup> Este organismo público fue creado durante la Segunda Guerra Mundial para controlar el precio de determinado productos.

jurídica; algo que finalmente se descartó y culminó en su absolución. El Tribunal analizó detalladamente las actuaciones que se habían realizado desde el departamento de ventas de la compañía para implementar la orden judicial, así como las que se llevaron a cabo una vez que se descubrieron las actuaciones ilícitas, que fueron debidamente investigadas y culminaron con el despido de varios de los empleados responsables. Para el Tribunal todos estos hechos pusieron de manifiesto que la entidad había realizado todo lo que le era exigible como empresario diligente, aún cuando no se hubiera alcanzado el 100% de cumplimiento y se hubieran cometido los hechos en cuestión. Particularmente, se tuvo también en cuenta la estructura y tamaño de la entidad que, sólo en la ciudad de Chicago, a la que se refería la orden judicial, tenía más de 183 establecimientos distintos, en los que se vendían carne y verduras frescas, con más de 1.000 empleados en total; mientras la acusación se había sustentado en unas 191 ventas realizadas por encima del precio máximo autorizado, en un total de 31 establecimientos, desde el 28 de noviembre de 1945 hasta el 16 de abril de 1946.

Ninguna de estas dos líneas jurisprudenciales, como explicamos en su momento, se ha consolidado finalmente.

En cualquier caso, como en su momento veremos más detenidamente, ello no ha supuesto que la existencia de estas políticas preventivas, materializadas en la actualidad en la elaboración y ejecución de los programas de *compliance*, carezcan de relevancia. Su existencia, aún cuando no exima de responsabilidad penal a la persona jurídica, según la jurisprudencia mayoritaria, será vital en dos momentos: cuando la Fiscalía tenga de decidir si formula o no acusación contra la persona jurídica<sup>631</sup>; y cuando, declarada su responsabilidad, tras la celebración del juicio, se deba individualizar la pena que le corresponde, según las reglas contenidas en las *sentencing guidelines*.

---

<sup>631</sup>En los Estados Unidos, el Fiscal puede decidir libremente si formular o no acusación y por qué delitos.

#### 4. Las consecuencias de la doctrina del *respondeat superior*. El caso *Arthur Andersen*

Un buen ejemplo de hasta donde puede conducir la aplicación estricta de la doctrina del *respondeat superior* lo constituye uno de los procesos penales contra personas jurídicas más conocidos de los últimos tiempos, el seguido contra la auditora *Arthur Andersen*<sup>632</sup>.

En el año 2002, esta compañía fue declarada culpable por un Jurado Federal<sup>633</sup> de un delito de obstrucción a la justicia, por la destrucción de documentos relacionados con la auditoría que había realizado sobre la entidad *Enron*, antes de que esta compañía quebrara y provocara uno de los escándalos financieros más importantes de los últimos tiempos. El juicio se celebró exclusivamente contra *Andersen*. La única persona física contra la que se habían formulado cargos por estos hechos y de forma independiente, David Duncan, que lideraba el equipo de personas que se ocupaba de la compañía *Enron*, se había declarado culpable, después de alcanzar un acuerdo con la Fiscalía, en abril del año 2002<sup>634</sup>.

La condena, inicialmente confirmada en apelación<sup>635</sup>, fue finalmente revocada por el Tribunal Supremo en el año 2005 por cuestiones ajenas a las que estamos analizando<sup>636</sup>, pero para entonces, la compañía había sufrido un daño irreparable y se habían perdido miles de puestos de trabajo<sup>637</sup>.

---

<sup>632</sup>Para un estudio detallado de este proceso, véase, Brickey, Kathleen F., «Andersen's Fall from Grace», 81 *Wash. U. L. Q.* 917 (2003). También, Ainslie, Elizabeth K., «Indicting Corporations Revisited: Lessons of the Arthur Andersen Prosecution», 43 *Am. Crim. L. Rev.* 107 (2006).

<sup>633</sup>*United States v. Arthur Andersen*, No. 02-121 (S.D. Tex. June 15, 2002).

<sup>634</sup>Véase, Ainslie, Elizabeth K., «Indicting Corporations Revisited...», cit., p.108. *Enron* suponía para *Arthur Andersen*, unos ingresos anuales entre 50 y 55 millones de dólares que, en el año 2000, llegaron a 58 millones. En el período en el que David Duncan estuvo al frente del equipo que se ocupaba de esta compañía, el número de empleados de *Arthur Andersen* que se ocupaban de ella alcanzó el centenar. Garret, Brandon L., *Too Big to Jail. How Prosecutors...* cit., p. 21.

<sup>635</sup>*United States v. Arthur Andersen LLP.*, 374 F.3d 281, 302 (5th Cir. 2004).

<sup>636</sup>*Arthur Andersen LLP. v. United States*, 544 U.S. 696 (2005).

<sup>637</sup>Diskant, Edward B., «Comparative Corporate...», cit., p. p. 128-129.

La multa penal que se le impuso a *Arthur Andersen* se mantuvo muy por debajo del máximo legal y su importe fue mucho menor que el de las que le fueron impuestas en otros procedimientos iniciados contra ella a instancia de distintas agencias federales. Sin embargo, la mera formulación de la acusación, su condena y las consecuencias colaterales que ello supuso fueron suficientes para poner fin a una entidad que, en el año 2001, empleaba a más de 85.000 empleados en más de 85 países. Véase al respecto, Ainslie, Elizabeth K., «Indicting Corporations Revisited...», cit., p. 109. Como veremos más adelante, los efectos devastadores de esta condena penal marcaron un punto de inflexión en la persecución penal de las personas jurídicas, que se tradujo en el incremento exponencial del número de acuerdos alcanzados entre la Fiscalía y las compañías, en virtud de los cuales estas evitan ir a juicio para no sufrir consecuencias similares a las que se produjeron en este caso.

Pues bien, en el proceso seguido en primera instancia contra la empresa de auditoría, esta mantuvo, entre otras cuestiones, que la destrucción de documentos era imputable exclusivamente a unos cuantos empleados de la oficina de Houston; los cuales en ningún momento habían actuado bajo las órdenes de la dirección de la empresa, que no tuvo conocimiento de lo ocurrido<sup>638</sup>. Por tanto, si la citada destrucción no se había acordado por la dirección de la empresa, la acusación formulada contra ella no estaba justificada y carecía de base suficiente<sup>639</sup>.

Estos alegatos no fueron atendidos. De hecho, cuando el Juez del caso dio las correspondientes instrucciones al Jurado, le hizo saber, aplicando estrictamente la doctrina del *respondeat superior*<sup>640</sup>, que *Arthur Andersen* estaba legalmente vinculada por los actos y declaraciones que sus representantes y empleados hubieran realizado en el ejercicio de sus competencias, de manera que siempre que hubieran actuado, al menos parcialmente, para beneficiar a la firma y en el ejercicio de dichas competencias, no era necesario que sus actos hubieran estado autorizados expresamente. La compañía, pues, podía ser penalmente responsable, aún cuando el acto constitutivo de delito que hubiera cometido la persona física -en este caso la destrucción de documentos- fuera contrario a la política de la firma o contraviniera instrucciones expresas dadas por sus directivos; añadiéndose, que esta persona no tenía por qué ser un alto directivo de la entidad para que su comportamiento fuera atribuible a la compañía. Ni siquiera se exigió al Jurado que dicha persona estuviera perfectamente identificada.

Efectivamente, después de ocho días de deliberaciones, el Jurado solicitó una aclaración sobre los presupuestos que debía considerar probados para declarar culpable a la persona jurídica. Concretamente, el jurado quiso saber si para su condena era necesario que todos sus miembros estuvieran de acuerdo en que aquel que había actuado *knowingly and with corrupt intent*, como exigía la norma, había sido una persona concreta y determinada o si sencillamente bastaba que concluyeran que había sido un empleado, aún cuando no estuvieran de acuerdo sobre su identidad. La respuesta del Juez fue que no era necesario que estuvieran de acuerdo sobre qué persona concreta realizó el hecho<sup>641</sup>.

---

<sup>638</sup>Brickey, Kathleen F., «Andersen's Fall...», cit., p. 928.

<sup>639</sup>Brickey, Kathleen F., «Andersen's Fall...», cit., p. p. 928-929.

<sup>640</sup>Ainslie, Elizabeth K., «Indicting Corporations Revisited...», cit., p. p. 119-120.

<sup>641</sup>Véase, Abril, Patricia S. y Olazabal M., Ann, «The Locus of Corporate Scierter», 2006 *Colum. Bus. L. Rev.* 81 (2006), p. p. 114-115.

En definitiva, se mantuvo que bastaba que la Fiscalía probara, más allá de toda duda razonable, que uno sólo de los 28.000 empleados que la entidad tenía en los Estados Unidos, conscientemente, hubiera alterado, destruido, mutilado u ocultado algún documento de los requeridos por la investigación oficial que se realizó sobre *Enron* para que la compañía, como de hecho ocurrió, fuera declarada penalmente responsable del delito que se le imputaba<sup>642</sup>.

Resulta difícil compartir sin más esta conclusión.

Conforme a ella, las personas jurídicas puede ser declaradas penalmente responsables por el delito cometido por cualquiera de sus empleados en el ejercicio de sus funciones, y en beneficio de la primera, aun cuando hayan dado todos los pasos que podrían considerarse razonables para prevenir su comisión. Por tanto, realmente carecen de una guía sobre qué pueden hacer para defenderse a sí mismas<sup>643</sup>.

Precisamente por lo expuesto, «la presión» que puede ejercer la Fiscalía para alcanzar acuerdos y evitar así el juicio y su posible condena aumenta exponencialmente<sup>644</sup>.

Además, y este es un efecto perverso de ese planteamiento, si no se tienen en cuenta los esfuerzos que realizan las entidades para cumplir con las normas, poco interés tendrán éstas para dedicar sus recursos a la existencia y efectiva ejecución de auténticos programas de *compliance*. Por tanto, y concluyendo, con esa doctrina elevada a su máximo planteamiento, no se está fomentando una auténtica ética empresarial<sup>645</sup>.

---

La pregunta exacta del jurado fue: «If each of us believes that one Andersen agent acted knowingly and with corrupt intent, is it [necessary] for all of us to believe it was the same agent? Can one believe it was Agent A, another believe it was Agent B, and another believe it was Agent C?».

<sup>642</sup>Ainslie, Elizabeth K., «Indicting Corporations Revisited...», cit., p. 108. El Jurado declaró penalmente responsable del delito que se le imputaba a la compañía, después de considerar probado que había sido cometido por una abogada interna de la entidad, contra la que nunca se formularon cargos. Véase, Alschuler, Albert W., «Two ways to Think about the Punishment...» cit., p. 1365.

<sup>643</sup>Véase sobre el particular, Khanna, V.S., «Corporate Criminal Liability: What Purpose...», cit., p. p. 1441-1442.

<sup>644</sup>Al respecto, véase, Khanna, V.S., «Corporate Criminal Liability: What Purpose...», cit., p. p. 1441-1442; Alschuler, Albert W., «Two ways to Think about the Punishment...», cit., p. p. 1382-1387. En general sobre las tendencias de la Fiscalía al respecto, véase, Bucy, Pamela H., «Why punish? Trends in Corporate Criminal Prosecutions», 44 *Am. Crim. L. Rev.* 1287 (2007); y Baker, John S., «Reforming Corporation through Threats of Federal Prosecutions», 89 *Cornell. L. R.*, 310 (2004).

<sup>645</sup>Khanna, V.S., «Corporate Criminal Liability: What Purpose...», cit., p. p. 1441-1442; Alschuler, Albert W., «Two ways to Think about the Punishment...», cit., p. p. 1382-1387.

## CAPÍTULO QUINTO. EL PROBLEMA DE LA ATRIBUCIÓN DEL *STATE OF MIND* A LA PERSONA JURÍDICA. ALGUNAS FÓRMULAS ALTERNATIVAS

### I. LA DOCTRINA DEL *COLLECTIVE KNOWLEDGE*

#### 1. Concepto y origen de la doctrina del *collective knowledge*. Primeros precedentes judiciales

La doctrina del *respondeat superior* responde a un modelo de imputación de las personas jurídicas basado en la responsabilidad por hecho de otro, que descansa en la atribución del comportamiento culpable de una persona física -*actus reus*, *mens rea*-, que podrá ser cualquiera de sus representantes o empleados, aún cuando, como ocurrió en el caso de la auditoría *Arthur Andersen*, no estén identificado por sus nombres y apellidos.

Las complejidad de muchas entidades modernas, sin embargo, con una importante fragmentación de sus actividades, provoca que, en ocasiones, no sea posible concluir en qué persona física concreta concurre el *state of mind* exigido por un delito; máxime si, frecuentemente, la concreción sobre qué implica ese *state of mind* en una determinada infracción penal puede ser una cuestión compleja y exigir una importante labor de interpretación<sup>646</sup>. Es más, una aplicación estricta de la doctrina de la responsabilidad vicarial debería conducir, en estos casos, a la absolución de la persona jurídica, puesto que si no hay una persona física culpable no habrá culpabilidad que le pueda ser atribuida. De hecho, como hicimos referencia en su momento, al tratar el problema de los *inconsistent verdicts*, algunos órganos judiciales, en esta línea, han considerado que era absolutamente necesario declarar culpable a una persona física para que pudiera ser condenada la persona jurídica.

Los Tribunales Federales, sin embargo, no siempre han seguido esta opción y han ideado algunas vías alternativas para construir en estos supuestos un *mens rea* atribuible a la persona jurídica.

---

<sup>646</sup>Como vamos a ver a continuación, cuando examinemos algunos precedentes judiciales, lo primero que suelen hacer los Tribunales cuando se plantea ante ellos si la persona jurídica actuó o no culpablemente, es interpretar los términos utilizados por el legislador para definir el elemento subjetivo en el delito que haya sido objeto de acusación.

Este es el caso de la denominada teoría del *collective knowledge*, también conocida, entre otras formas, como *aggregate knowledge*, *composite knowledge*, *piecemeal attribution*, *attribution of knowledge* o *aggregate corporate knowledge*<sup>647</sup>.

Esta teoría permite declarar penalmente responsable a una persona jurídica por un determinado delito doloso, aún cuando el conocimiento necesario para la apreciación de este no concorra en una sola persona física de la organización, sino que esté «repartido» entre varias de ellas<sup>648</sup>. Es decir, se «suma» el conocimiento de más de un individuo dentro de la organización para poder afirmar que esta tiene el necesario para poder declararla autora del delito en cuestión. De esta manera, puede ser condenada aun cuando ninguno de sus representantes o empleado sea «completamente» culpable de la infracción, porque no conocía todos sus elementos<sup>649</sup>. Con ello se pretende evitar, como se afirma en la sentencia dictada en el caso *United States v. Bank of England N.A.*<sup>650</sup>, que luego examinaremos detenidamente, que las grandes compañías, cuyas estructuras están fragmentadas y divididas, puedan quedar impunes<sup>651</sup>.

Esta doctrina del *collective knowledge* tiene su origen en varias sentencias judiciales, dictadas a partir de los años 50 del siglo pasado, en las que, en aplicación de la *Interstate Commerce Act*<sup>652</sup>, se condenó a distintas entidades por vulnerar sus disposiciones para al transporte de mercancías<sup>653</sup>. Son las sentencias dictadas, entre otros, en los casos *Inland*

---

<sup>647</sup>Abril, Patricia S. y Olazabal Ann, «The Locus of Corporate...», cit., p. 114. Todas estas expresiones podría ser traducidas como «conocimiento colectivo» o «conocimiento compuesto». En general sobre esta doctrina, véase, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 4.01, 4.02, 40.3 y 40.4 (versión electrónica); Weisman, Miriam, F., *Corporate Crime & Financial Fraud*, cit., p. p. 13-15; Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar ...*, cit., p. p. 28-33; Park, Sam y Song, John, «Corporate Criminal...», cit., 740; Lipman H., Abigail, «Corporate Criminal ...», cit., p. p. 368-370; Lederman, Eli, «Models for Imposing Corporate Criminal Liability...», cit., p. p. 661-677; Khanna, V.S., «Corporate Liability Standards...», cit., p. p. 1259-1261; Hagemann, Thomas A., y Grinstein, Joseph, «Mythology of Aggregate Corporate...», cit.; Ragozino, Anthony, «Replacing the Collective Knowledge Doctrine with a Better Theory for Establishing Corporate Mens Rea: The Duty Stratification Approach», 24 *Sw. U. L. Rev.* 423 (1995).

<sup>648</sup>Los autores que tratan esta cuestión no aplican esta doctrina a los supuestos de delitos imprudentes, esto es, cometidos *recklessly* o *negligently*, según la terminología citada; probablemente por la falta de precedentes judiciales claros sobre el particular. Véase sobre el particular, Lederman, Eli, «Models for Imposing Corporate Criminal...», cit., p. 663.

<sup>649</sup>Lipman H., Abigail, «Corporate Criminal...», cit., p. p. 368-369.

<sup>650</sup>*United States v. Bank of England N.A.*, 821 F.2d 844 (1st Cir.), *cert. denied*, 484 U.S. 843 (1987).

<sup>651</sup>Declara el Tribunal en esta sentencia: «by recognizing that the acts of a corporation are "simply the acts of all of its employees operating within the scope of their employment," the collective knowledge doctrine prevents corporations from evading liability by compartmentalizing and dividing employee duties».

<sup>652</sup>La primera versión de esta norma se aprobó en el año 1887, y supuso la primera regulación a nivel federal de una actividad económica, en este caso el transporte. Véase, Friedman, Lawrence M., *American Law...*, cit., p. 53.

<sup>653</sup>Ragozino, Anthony, «Replacing the Collective Knowledge Doctrine...», cit., p. 428.

*Freight Lines v. United States*<sup>654</sup>, *United States v. Sawyer Transport, Inc.*<sup>655</sup> o *United States v. T.I.M.E.-D.C.*<sup>656</sup>.

En la primera de ellas, la empresa de transporte fue condenada en primera instancia, porque varios de sus conductores hicieron constar, en los informes que estaban obligados a elaborar sobre las operaciones que realizaban, datos que no eran ciertos, relativos a aspectos tales como el nombre del conductor, el origen y destino de la mercancía, o el tiempo que habían estado conduciendo; acciones que la *Interstate Commerce Act* tipificaba como infracción penal<sup>657</sup>.

La compañía apeló su condena en primera instancia y, en su recurso, alegó dos cuestiones principales. En primer lugar, sostuvo que no podía ser declarada responsable de los errores y falsedades que, en la elaboración de los citados informes, hubieran incurrido sus conductores, a menos que ella hubiera tenido conocimiento de que unos y otras se estaban produciendo y, además, intencionadamente, los hubiera permitido; algo que, según la compañía, no se había probado en el caso de autos. En segundo lugar, impugnó las instrucciones dadas al jurado, considerando que permitían su condena aún cuando no hubiera actuado *wilfully*, como exigía la norma penal en cuestión, sino sólo negligentemente.

Finalmente la estimación de esta última cuestión, fue la que motivó la revocación de la sentencia porque el Tribunal de apelación entendió efectivamente que estas instrucciones no habían detallado debidamente que, para declarar culpable a la compañía, era necesario que hubiera actuado *wilfully*, esto es, deliberada, voluntaria o intencionadamente, y no de manera negligente<sup>658</sup>.

---

<sup>654</sup>*Inland Freight Lines v. United States*, 191 F. 2d 313 (10th Cir. 1951).

<sup>655</sup>*United States v. Sawyer Transp. Inc.*, 337 F. Supp. 29 (D. Minn. 1971), *affd*, 463 F. 2d 175 (8th Cir. 1972).

<sup>656</sup>*United States v. T.I.M.E.-D.C. Inc.*, 381 F. Supp. 730 (W.D. Va. 1974).

<sup>657</sup>Concretamente eran calificados como *misdemeanour*, esto es, delitos menos graves castigados con penas inferiores a un año de prisión.

<sup>658</sup>Según la sentencia dictada en apelación, las instrucciones dadas al jurado permitían a sus miembros declarar culpable a la compañía en tres supuestos: si había aceptado los informes falsos, conociendo su falsedad; si los había aceptado sin realizar averiguaciones sobre su posible falsedad; o si hubiera podido descubrir la falsedad, ejerciendo debidamente sus obligaciones de inspección sobre los empleados. Estas opciones, para el Tribunal de Apelación, no eran sin embargo compatibles con la exigencia legal de que el acusado hubiera actuado *wilfully*, pues hacían posible la condena de la compañía por un mero actuar negligente, como era admitir los informes falsos sin investigarlos suficientemente.



Pero la primera de las alegaciones, que es la que aquí nos interesa, se rechazó. El tribunal declaró al respecto que, aún cuando ningún empleado o representante concreto de la compañía hubiera tenido un conocimiento completo de las falsedades e inexactitudes que se estaban produciendo en los informes, pues, en su tramitación, «pasaban» por distintos empleados, el conocimiento parcial de todos ellos podía sumarse y ser atribuido a la organización<sup>659</sup>.

En la misma línea se pronunció el Tribunal de Apelación en la sentencia dictada en el caso *United States v. Sawyer Transport Inc.*<sup>660</sup>, citando precisamente la resolución anterior, y en un supuesto de hecho muy similar. Se dijo aquí, de nuevo, que no era una excusa para la entidad el hecho de que determinados empleados sólo tuvieran un conocimiento parcial de las falsedades que se estaban cometiendo en los informes y desconocieran, a su vez, lo que estuvieran realizando otros trabajadores de la empresa. Porque, concluyó el Tribunal, el conocimiento de todos ellos era el conocimiento de la compañía.

Pero además, en esta última resolución, aparece otro argumento nuevo. Las infracciones legales de las que derivaba la responsabilidad penal impuesta a la compañía debían haber sido cometidas, según la norma, *knowingly and wilfully*<sup>661</sup>. Pues bien, el Tribunal, para concluir que en la compañía concurría este *state of mind* no sólo, como en el caso anterior, «sumó» lo que sabían todos sus representantes y empleados, sino que también tuvo en cuenta que no había hecho todo lo necesario para evitar las infracciones legales que habían cometido sus empleados; valorando para ello, particularmente, según se declara en la sentencia dictada, que las autoridades ya le habían dirigido un requerimiento previo, poniendo en su conocimiento que sus empleados estaban incumpliendo ciertas obligaciones legales.

Este argumento, sobre el que luego volveremos, aparece de nuevo en la tercera de las resoluciones mencionadas inicialmente, la dictada en el caso *United States v. T.I.M.E.-D.C.*<sup>662</sup>;

---

<sup>659</sup>Declara el Tribunal: «the logs and the reports did not find their way into the hands of a single agent or representative of the company after they were filed. No single agent or representative in the offices of the company had actual knowledge of their conflicts and falsities. But one agent or representative had knowledge of the material contents of the logs and another had knowledge of the material contents of the reports. And the knowledge of both agents or representatives was attributed to the company».

<sup>660</sup>*United States v. Sawyer Transp. Inc.*, 337 F. Supp. 29 (D. Minn. 1971), *affd*, 463 F. 2d 175 (8th Cir. 1972).

<sup>661</sup>Para el Tribunal, el término *wilfulness*, en el caso en cuestión, exigía la prueba de que el acusado hubiera actuado con absoluta indiferencia hacia la norma y las obligaciones establecidas en la misma. Dijo el Tribunal sobre este extremo: «Wilfulness in a case such as at bar is established by proof that defendant is plainly indifferent to the requirements of the statute and regulations».

<sup>662</sup>*United States v. T.I.M.E.-D.C. Inc.*, 381 F. Supp. 730 (W.D. Va. 1974).

también relacionada con el transporte y, más concretamente, con las condiciones físicas en las que debían reunir los conductores para desempeñar su labor. También aquí el Tribunal de Apelación, además de declarar que era atribuible a la compañía el conocimiento colectivo de todos sus empleados, valoró para concluir que la entidad había actuado *wilfully*, como exigía la norma, la indiferencia con la que se había comportado ante una normativa, como la infringida, dirigida a prevenir que conductores enfermos o excesivamente cansados condujeran vehículos a motor<sup>663</sup>.

## 2. El caso *United States v. Bank of England N.A.* (1974)

Sin restar importancia a los precedentes judiciales citados, la sentencia que, aplicando esta teoría del *collective knowledge*, ha tenido sin duda más eco, según coincide la doctrina<sup>664</sup>, es la dictada en el caso *United States v. Bank of England N.A.*<sup>665</sup>.

En esta resolución, el Banco de Nueva Inglaterra fue condenado en primera instancia por incumplir determinadas disposiciones de la *Currency Transaction Reporting Act*. Esta norma imponía a las entidades bancarias, en primer lugar, la obligación de comunicar al Departamento del Tesoro determinadas operaciones en efectivo realizadas por sus clientes, si, en un período de quince días, superaran la cantidad de 10.000 dólares; y en segundo lugar, declaraba que dichas entidades podrían incurrir en responsabilidad penal si incumplían intencional *-wilfully-* y reiteradamente dicha obligación, siempre que las transacciones no comunicadas superaran los 100.000 dólares en un período de 12 meses.

Pues bien este incumplimiento se declaró probado en el caso de autos. Entre mayo de 1983 y julio de 1984, un cliente del Banco había retirado de una de sus cuentas una importante cantidad de dinero en efectivo mediante la presentación de una serie de cheques. Cada vez que acudía a la entidad bancaria retiraba una cantidad superior a 10.000 dólares, pero lo hacía mediante la presentación de varios cheques que, individualmente, no superaban dicha cantidad. En ninguna de estas ocasiones la entidad bancaria comunicó al Departamento del Tesoro la

---

<sup>663</sup>Véase sobre el particular, Hagemann, Thomas A., y Grinstein, Joseph, «Mythology of Aggregate Corporate Knowledge...», cit., p. 230.

<sup>664</sup>Ragozino, Anthony, «Replacing the Collective Knowledge Doctrine...», cit., p. 426; Hagemann, Thomas A., y Grinstein, Joseph, «Mythology of Aggregate Corporate Knowledge...», cit., p. 212; Lederman, Eli, «Models for Imposing Corporate...», cit., p. 663; Abril, Patricia S. y Olazabal Ann, «The Locus of Corporate ...», cit., p. 116; Lipman H., Abigail, «Corporate Criminal ...», cit., p. 369; Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., p. 28; Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar Crime...*, cit., p. 27.

<sup>665</sup>*United States v. Bank of England N. A.*, 821 F.2d 844 (1st Cir.), cert. denied, 484 U.S. 843 (1987).

existencia de estas operaciones en efectivo que, en su conjunto, superaron los 100.000 dólares, en un plazo de doce meses.

La entidad bancaria apeló su condena con base en dos argumentos fundamentales, cuales fueron que no había existido un incumplimiento reiterado de la obligación de informar al Departamento del Tesoro; y que no se había probado que ella, como tal, hubiera actuado *wilfully*, tal como exigía la norma.

Nos centraremos en la segunda de estas impugnaciones.

La misma se articuló, en realidad, como en otros casos a los que hemos hecho referencia, contra las instrucciones que, para declarar probado ese elemento subjetivo, el Juez había dirigido al Jurado; un elemento subjetivo que, en el caso concreto, exigía, según se declaró en la sentencia dictada en apelación, que se hubiese probado que la entidad bancaria conocía que estaba obligada a informar de las transacciones en cuestión, y que además, voluntaria e intencionadamente no lo había hecho<sup>666</sup>.

Las instrucciones que sobre el particular se dieron al Jurado, según se hizo constar por el Tribunal de Apelación, hacían referencia precisamente de manera diferenciada a estos dos aspectos: el relativo al conocimiento de la obligación de informar y el relacionado con la intencionalidad del incumplimiento.

En cuanto al primer aspecto, el Juez de instancia informó al Jurado que podía declarar probado que la entidad bancaria conocía efectivamente dicha obligación si este conocimiento lo tenía cualquiera de sus empleados en el ámbito de sus competencias<sup>667</sup>; pero también, si dicho conocimiento derivaba de la suma de lo que sabían varios de ellos. Esto es, según se dijo al Jurado, el conocimiento de la entidad bancaria podía ser el resultado de sumar todo lo que conocían sus empleados en el ejercicio de las funciones que les correspondían; de manera que si el empleado A conocía una parte de la transacción, porque este aspecto concreto era de su

---

<sup>666</sup>Declaró sobre el particular el Tribunal: «criminal liability under 31 U.S.C. Sec. 5322 only attaches when a financial institution "wilfully" violates the CTR filing requirement. A finding of willfulness under the Reporting Act must be supported by "proof of the defendant's knowledge of the reporting requirements and his specific intent to commit the crime." .... Willfulness can rarely be proven by direct evidence, since it is a state of mind; it is usually established by drawing reasonable inferences from the available facts...».

<sup>667</sup>Declara el Tribunal, citando al Juez de primera instancia: «if any employee knew that multiple checks would require the filing of reports, the bank knew it, provided the employee knew it within the scope of his employment...».

competencia, y el empleado B y el C otra parte diferente de la operación, podía entenderse que la entidad la conocía en su totalidad.

Esta forma de dirigirse al Jurado fue una de las cuestiones que impugnó en apelación la citada entidad. Esta entendió que con las instrucciones dadas al mismo se había eliminado realmente la necesidad de declarar probado que conociera que estaba vulnerando una obligación legal, y sencillamente se estaba invitando al Jurado a declararle culpable por un defecto de comunicación entre sus empleados.

Pues bien, el Tribunal de Apelación entendió que estas instrucciones, basadas, según declaró expresamente, en la teoría del *collective knowledge*, fueron correctas<sup>668</sup>.

Pero, como adelantamos, el Juez que presidió el juicio oral no sólo dio instrucciones al Jurado sobre cómo inferir que el banco conocía que tenía que comunicar al Departamento del Tesoro las transacciones en cuestión, sino también sobre cómo inferir que la entidad había actuado *wilfully*. Para ello, dijo al Jurado, según relata la sentencia de apelación, que tenía que valorar: primero, la conducta de sus empleados y representantes; pero, también, en segundo lugar, lo que la entidad bancaria había hecho o dejado de hacer como institución. De manera que si declaraba probado que cualquiera de estos empleados o representantes había intencionadamente incumplido la obligación legal de comunicar las disposiciones en efectivo, podrían afirmar que igualmente lo había hecho la entidad. Pero si ello no era posible<sup>669</sup> podían en cualquier caso declarar culpable a la entidad, si ésta, como organización, conscientemente, había evitado conocer y cumplir las obligaciones que le imponía la ley, porque el banco, como institución, tenía ciertas responsabilidades. Y para ello el Jurado podía valorar las pruebas practicadas sobre los esfuerzos que había realizado la entidad para informar a sus empleados de sus obligaciones legales, para asegurarse que estos cumplían la ley o para responder a los fragmentos de información que, sobre lo que estaba ocurriendo, le fueron llegando entre septiembre de 1984 y febrero de 1985. También podía valorar las políticas de la entidad y la manera en la que se ejecutaban<sup>670</sup>.

---

<sup>668</sup>Señaló el Tribunal: «a corporation cannot plead innocence by asserting that the information obtained by several employees was not acquired by any one individual who then would have comprehended its full import. Rather the corporation is considered to have acquired the collective knowledge of its employees and is held responsible for their failure to act accordingly».

<sup>669</sup>Como de hecho ocurrió, puesto que ningún empleado de la entidad bancaria fue condenado.

<sup>670</sup>Declara la sentencia, citando literalmente las instrucciones dadas al Jurado: «alternatively, the bank as an institution has certain responsibilities; as an organization, it has certain responsibilities. And you will have to

Tampoco encontró el Tribunal de Apelación error alguno en estas instrucciones, declarando que el Tribunal Supremo había admitido la posibilidad de que se pudiera actuar *wilfully* cuando se actuara, como era el caso, con indiferencia hacia la norma y hacia los requisitos por ella exigidos.

### 3. Posiciones doctrinales

Las conclusiones que la doctrina estadounidense ha extraído de la sentencia dictada contra el Banco de Nueva Inglaterra y de los demás precedentes judiciales citados han sido variadas<sup>671</sup>.

Para algunos autores estamos sencillamente ante una modalidad de la doctrina dominante, la del *respondeat superior*, creada para salvar las dificultades que plantea su aplicación cuando no puede identificarse a la persona concreta criminalmente responsable del delito y, por tanto, no existe una culpabilidad individual que atribuir automáticamente a la organización<sup>672</sup>. Para estos casos es para los que se crea, según estos autores, esta teoría del conocimiento colectivo, que es en realidad una ficción<sup>673</sup> que permite atribuir a la persona jurídica el *state of mind* que exige el delito, mediante la suma de los distintos «fragmentos» del mismo que concurren en sus distintos representantes y empleados.

Para otros autores, aun reconociendo sus limitaciones, estamos ante algo más, ante un criterio diferente de imputación de la responsabilidad penal a las personas jurídicas, que se aparta de la aplicación convencional de la doctrina dominante<sup>674</sup>. Así, cuando, en sentencias

---

determine whether the bank as an organization consciously avoided learning about and observing CTR requirements. The Government to prove the bank guilty on this theory, has to show that its failure to file was the result of some flagrant organizational indifference. In this connection, you should look at the evidence as to the bank's effort, if any, to inform its employees of the law; its effort to check on their compliance; its response to various bits of information that it got in August and September of '84 and February of '85; its policies, and how it carried out its stated policies».

<sup>671</sup>Véase sobre el particular, Lipman H., Abigail, «Corporate Criminal...», cit., p. p. 369-370.

<sup>672</sup>En esta línea, Bucy, Pamela H., «Corporate Ethos: A Standard for Imposing Corporate...», cit., p. p. 1156-1157. También, Khanna, V.S., «Is the Notion of Corporates Fault...», cit., p. 408; o Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar Crime In...*, cit., p. p. 27-28.

<sup>673</sup>Bucy, Pamela H., «Corporate Ethos: A Standard for Imposing Corporate...», cit., p. 1157. Para esta autora esta teoría es una aplicación de la doctrina del *respondeat superior*, desesperada, poco ingeniosa, pero necesaria en determinados supuestos.

<sup>674</sup>Al respecto véase: Lederman, Eli, «Models for Imposing Corporate Criminal...», cit., p. p. 661-670; Weinstein, Martin J. y Bennett B., Patricia, «Criminal Law's Greatest Mystery Thriller: Corporate Guilt Through Collective Knowledge», 29 *New Eng. L. Rev.* 65 (1995); Ragozino, Anthony, «Replacing the Collective Knowledge Doctrine...», cit., p. p. 432-433. También, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 4.01 (versión electrónica); Stephan, Spehl y Thomas, Gruetzner, *Corporate Internal Investigations: Overview of 13 Jurisdictions*, cit., §1.04 (versión electrónica).

como las comentadas, el Tribunal exige, para concluir que la entidad actuó *willfully*, esa indiferencia hacia el cumplimiento de la norma, en realidad está aludiendo a una culpabilidad propia de la organización; particularmente sería así en la sentencia dictada contra el Banco de Nueva Inglaterra, en la que se reconoce expresamente que en las compañías modernas existe una descentralización tanto del conocimiento como de la autoridad<sup>675</sup>.

Interesante resulta también la visión de autores como Hagemann y Grinstein, que entienden que se han sobredimensionado las consecuencias de la teoría del *collective knowledge* y, especialmente, las declaraciones que se hacen en la sentencia dictada en *United States v. Bank of England N.A.*, y ello por dos razones fundamentales<sup>676</sup>. La primera, porque las pruebas que finalmente se valoraron para declarar que la entidad bancaria había actuado voluntaria e intencionadamente, entre ellas varias testificales, ponían de manifiesto que, en realidad, varios empleados de la entidad conocían tanto las transacciones que se estaban realizando, como la obligación de comunicarlas, por lo que no era preciso proceder a la «suma» de lo que conocían varios de ellos<sup>677</sup>. La segunda, porque, finalmente, la entidad bancaria no fue condenado por haber tenido o no conocimiento, sino por haber actuado *willfully*, como exigía la norma penal. Y para ello lo que se valoró fue su indiferencia hacia la norma<sup>678</sup>. Por esta razón, para estos autores, el Tribunal lo que aplicó, en realidad, en esta sentencia, fue la teoría de la *willful blindness* o de la ignorancia deliberada o voluntaria, admitida jurisprudencialmente para declarar la culpabilidad de las personas físicas, y que aquí se aplica a una persona jurídica; teoría que definen como una forma de atribución de la culpabilidad, que denota un esfuerzo consciente por evitar el conocimiento de un hecho que es un elemento del delito, de manera que el sujeto elige permanecer «ignorante», para así, posteriormente, poder alegar que no lo conocía<sup>679</sup>.

Efectivamente, según estos autores, cuando el Juez instruyó al Jurado sobre cómo debía concluir que en la entidad bancaria concurría el *criminal intent* exigido por la norma penal, le facilitó dos opciones. Según la primera, podía declarar culpable al Banco si cualquiera de sus empleados había actuado *willfully*. Según la segunda, que se planteó de manera alternativa

---

<sup>675</sup>Weinstein, Martin J. y Bennett B., Patricia, «Criminal Law's Greatest Mystery...», cit., p. p. 77-78. Estos autores consideran que estamos ante una «culpa colectiva» -*collective guilt*- que surge de la suma de las culpas de sus empleados.

<sup>676</sup>Hagemann, Thomas A. y Grinstein, Joseph, «Mythology of Aggregate Corporate Knowledge...», cit., p. p. 218-227.

<sup>677</sup>Hagemann, Thomas A. y Grinstein, Joseph, «Mythology of Aggregate Corporate Knowledge...», cit., p. 219.

<sup>678</sup>Hagemann, Thomas A. y Grinstein, Joseph, «Mythology of Aggregate Corporate Knowledge...», cit., p. 220.

<sup>679</sup>Hagemann, Thomas A. y Grinstein, Joseph, «Mythology of Aggregate Corporate Knowledge...», cit., p. 223.

respecto a la anterior, también podía hacerlo, si la entidad había incumplido las obligaciones que le correspondían como institución, evitando conocer dichas obligaciones y comportándose con una flagrante indiferencia hacia éstas -*some flagrant organizational indifference*<sup>680</sup>.

De hecho, continúan exponiendo Hagemann y Grinstein, el banco impugnó estas instrucciones, precisamente porque permitían que la entidad fuera declarada culpable con base en esa «indiferencia flagrante»; y el Tribunal de Apelación, ante dicha impugnación, concluyó que este último criterio era un medio válido para inferir en el caso concreto la existencia del elemento subjetivo del delito, pues la prueba practicada había puesto de manifiesto que el personal del banco, cuando menos, no había realizado las averiguaciones pertinentes sobre si las transacciones que se estaban realizando debían o no ser comunicadas<sup>681</sup>.

Por tanto, concluyen, la clave para condenar a la entidad bancaria fue el hecho de que se mostró indiferente hacia cierta información que ponía de manifiesto una posible ilicitud<sup>682</sup>. Y es aquí, según estos autores defienden, donde esa «suma del conocimiento» adquiere sentido, pues con ella se evita que una organización, deliberadamente, fragmente dicha información para escapar del conocimiento que pudiera conducir a su condena. Se trataría, en definitiva, de evitar intentos deliberados de evitar la responsabilidad penal<sup>683</sup>.

En la misma línea que Hagemann y Grinstein, se pronuncian autores como Abril y Olazabal<sup>684</sup>, para quienes la teoría del *collective knowledge* también se explica mejor dentro del contexto de la aplicación a las personas jurídicas de la teoría de la ignorancia deliberada.

#### 4. ¿Consolidación jurisprudencial?

La doctrina del *collective knowledge* no parece haber tenido en los Tribunales de justicia una acogida excesiva con posterioridad a que se dictara la sentencia *United States v. Bank of*

---

<sup>680</sup>Hagemann, Thomas A. y Grinstein, Joseph, «Mythology of Aggregate Corporate Knowledge...», cit., p. 224.

<sup>681</sup>Véase, Hagemann, Thomas A. y Grinstein, Joseph, «Mythology of Aggregate Corporate Knowledge...», cit., p. 225.

<sup>682</sup>Véase, Hagemann, Thomas A. y Grinstein, Joseph, «Mythology of Aggregate Corporate Knowledge...», cit., p. 225.

<sup>683</sup>Véase, Hagemann, Thomas A. y Grinstein, Joseph, «Mythology of Aggregate Corporate Knowledge...», cit., p. 225.

<sup>684</sup>Abril, Patricia S. y Olazabal Ann, «The Locus...», cit., p. 121.

*New England, N.A.* Los Tribunales, en general, parecen haberle dedicado menos atención que la doctrina<sup>685</sup>.

No son muchas las resoluciones que podemos hallar en las que la responsabilidad penal de una persona jurídica se base claramente en ella. Sí es el caso por ejemplo de la dictada en el caso *United States v. Osorio*<sup>686</sup>, donde el Tribunal de Apelación del Primer Circuito afirmó expresamente que dicha responsabilidad se podría establecer utilizando la teoría del conocimiento colectivo de sus representantes y empleados, citando la sentencia dictada en *United States v. Bank of New England, N.A.*<sup>687</sup>

Sí existen algunos pronunciamientos más recientes en el ámbito civil.

Es el caso de la sentencia dictada en el caso *Saba v. Compagnie Nationale Air France*<sup>688</sup>, en el que el Tribunal del Distrito de Columbia se mostró contrario, al menos parcialmente, a su aplicación. Se analizaba en esta resolución la responsabilidad de la compañía *Air France* por los daños causados a uno de sus pasajeros, para lo que, de conformidad con la normativa vigente en este campo, resultaba importante determinar si tales daños se habían causado negligentemente o si por el contrario eran consecuencia de una *willful misconduct*. Es al examinar este extremo cuando el Tribunal cita el caso *United States v. Bank of New England, N.A.* y concluye que el mismo permite que el conocimiento de la entidad sobre determinados hechos se forme sumando lo que conocían al respecto varios individuos, pero, dice el Tribunal, «the proscribed intent (willfulness) depended on the wrongful intent of specific employees».

Si trasladáramos esta última conclusión al ámbito de la responsabilidad penal, la doctrina del *collective knowledge* quedaría excluida en aquellos delitos para cuya comisión se exige un *specific intent*, más allá del mero conocimiento.

---

<sup>685</sup>Hagemann, Thomas A. y Grinstein, Joseph, «Mythology of Aggregate Corporate Knowledge...», cit., p. 227. En la misma línea, Lederman, Eli, «Models for Imposing Corporate Criminal...», cit., p. p. 669-670, que califica de extraños aquellos casos en los que se ha utilizado esta doctrina para afirmar la existencia del correspondiente *mens rea*.

<sup>686</sup>*United States v. Osorio*, 929 F. 2d 753 (1st Cir. 1991).

<sup>687</sup>En el recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera Instancia contra *Arthur Andersen*, la Fiscalía defendió la posibilidad de aplicación de esta doctrina, citando el caso del Banco de Nueva Inglaterra; pero el Tribunal finalmente consideró innecesario resolver esta cuestión porque las pruebas permitieron afirmar que un abogado interno de la Compañía había tenido el conocimiento suficiente para cometer el delito. Véase sobre el particular, Abril, Patricia S. y Olazabal Ann, «The Locus of Corporate...», cit., p. 115.

<sup>688</sup>*Saba v. Compagnie Nationale Air France*, 78 F. 3d 664 (D.C. Cir. 1996).



La sentencia dictada en el caso *Saba v. Compagnie Nationale Air France*<sup>689</sup>, se cita, por otro lado, en el caso *United States v. Phillip Morris, Inc.*<sup>690</sup>, consecuencia del ejercicio contra la empresa tabacalera, por parte del Gobierno de los Estados Unidos, de una acción civil basada en la *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* («RICO»). También aquí se refiere el Tribunal expresamente a la doctrina que venimos analizando, y lo hace para afirmar que él, como otros órganos jurisdiccionales, duda de que la doctrina del *collective knowledge* pueda utilizarse para afirmar la existencia de un *collective intent*. Según esta sentencia, una *corporation* sólo puede actuar a través de sus empleados, y su culpa dependerá de la de éstos; por tanto para determinarla habrá que centrarse en el *state of mind* de los directivos y empleados de la entidad<sup>691</sup>.

En la misma línea se pronuncia la sentencia dictada en el año 2010, en el caso *United States v. Science Applications Int'l Corp.*<sup>692</sup>. Esta resolución se dicta en el ámbito de la *False Claims Act*, que castiga determinados comportamientos destinados a obtener fraudulentamente del Gobierno dinero o bienes, y en ella se rechaza expresamente la doctrina del *collective knowledge* como criterio de imputación válido para declarar la responsabilidad de las personas jurídicas en el supuesto debatido, que se caracterizaba además porque no exigía que la entidad hubiera actuado *wilfully*, como en otros casos que hemos analizado, sino sencillamente *knowingly*.

También en contra de aplicar la doctrina del *collective knowledge* se han pronunciado los Tribunales, al examinar ciertas acciones civiles derivadas de determinadas infracciones de la normativa reguladora del mercado de valores (amparadas en la sección 10(b) de la *Securities and Exchange Act* de 1934), que exigen que el infractor actúe con un «la intención de engañar, manipular o defraudar»<sup>693</sup>. Concretamente, en este sentido, se han pronunciado los Tribunales del Tercero y Noveno Circuito<sup>694</sup>. Es el caso de la resolución dictada en *Re Apple Computer*

---

<sup>689</sup>*Saba v. Compagnie Nationale Air France*, 78 F. 3d 664 (D.C. Cir. 1996).

<sup>690</sup>*United States v. Phillip Morris Inc.*, 449 F. Supp. 2d 1 (D.D.C. 2006).

<sup>691</sup>Declara el Tribunal: «because a corporation only acts and wills by virtue of its employees, the proscribed corporate intent depends on the wrongful intent of specific employees. See *Saba v. Compagnie Nationale Air France*, 78 F.3d 664, 670 (D.C. Cir. 1996). Thus, to determine whether a corporation made a false or misleading statement with specific intent to defraud, we look to the state of mind of the individual corporate officers and employees who made, ordered, or approved the statement».

<sup>692</sup>*United States v. Science Applications Int'l Corp.*, 626 F.3d 1257 (D.C. Cir. 2010).

<sup>693</sup>Véase, Kircher, Ashley S., «Notes. Corporate Criminal Liability versus Corporates Securities Fraud Liability: Analyzing the Divergence in Standards of Culpability», 46 *Am. Crim. L. Rev.* 157 (2009), p. 161.

<sup>694</sup>Véase, Kircher, Ashley S., «Notes. Corporate Criminal Liability versus Corporates Securities Fraud Liability...», cit., p. p. 162-163.

*Inc.*<sup>695</sup>, según la cual, «se considerará que en una corporación concurre el elemento subjetivo necesario para defraudar solo si este concurre, al tiempo del realizar la declaración de que se trate, en el empleado o representante que la realice»<sup>696</sup>.

Por el contrario, se han mostrado, más favorables a la aplicación, en este mismo ámbito, de la teoría del *collective knowledge*, los Tribunales del Séptimo Circuito y el del *Southern District* de Nueva York<sup>697</sup>. Este último, en *In re Dynex Capital, Inc. Sec. Litig.*<sup>698</sup>, afirma que el demandante puede «alegar que en la corporación concurre el elemento subjetivo sin alegar que lo hace en un empleado concreto de la misma»<sup>699</sup>.

## **5. Conclusiones: ¿un nuevo criterio de imputación penal para las personas jurídicas?**

La doctrina y la jurisprudencia expuesta hasta el momento sobre la doctrina del *collective knowledge* nos sugiere varias consideraciones.

La misma responde, como dijimos, a un intento de paliar las deficiencias de la doctrina del *respondeat superior*. Particularmente se trata de evitar, porque se considera un resultado indeseable, que cuando una persona física no conozca todos los elementos del delito y por tanto no pueda ser condenada por él, la aplicación estricta de la doctrina del *respondeat superior* conduzca, también, a la absolución de la persona jurídica. Por esta razón, los Tribunales «suman» esos fragmentos de conocimientos dispersos entre varios miembros de la organización y forman lo que llaman un «conocimiento colectivo», que imputan a la entidad y permite afirmar que ésta sí conocía los elementos del delito.

---

<sup>695</sup>*Re Apple Computer Inc.*, 127 F App'x 296 (9th Cir. 2005). Véase, Kircher, Ashley S., «Notes. Corporate Criminal Liability versus Corporates Securities Fraud Liability...», cit., p. 163.

<sup>696</sup>«Corporation is deemed to have the requisite scienter for fraud only if the individual corporate officer making the statement has the requisite level of scienter at the time he or she makes the statement».

<sup>697</sup>Véase, Kircher, Ashley S., «Notes. Corporate Criminal Liability versus Corporates Securities Fraud Liability...», cit., p. p. 165-166, con la citación de varios casos.

<sup>698</sup>*In re Dynex Capital Inc. Sec. Litig.*, No. 05 Civ. 1897(HB), 2006 WL 314524, at 9 (S.D.N.Y. Feb. 10 2006). Véase, Kircher, Ashley S., «Notes. Corporate Criminal Liability versus Corporates Securities Fraud Liability...», cit., p. 165.

<sup>699</sup>Véase, Kircher, Ashley S., «Notes. Corporate Criminal Liability versus Corporates Securities Fraud Liability...», cit., p. p. 165. También sobre la aplicación de esta doctrina en este ámbito, véase, O'Riordan, Kevin M., «Note. Clear Support or Cause for Suspicion? A Critique of Collective Scienter in Securities Litigation», 91 *Minn. L. Rev.* 1596 (2007). Este último autor, por otro lado, duda que los criterios establecidos en *United States v. Bank of New England, N.A.* para el ámbito de la responsabilidad penal sean trasladables a las *securities actions*. Porque, aun cuando puede afirmarse, con carácter general, que las sanciones penales son más graves por tanto la prueba de los delitos exige un estándar más elevado que en el ámbito de la responsabilidad civil, este no es el caso de violaciones del *Securities Law*, que pueden llegar a ser más graves que las penales. Véase p. p. 1610-1611.

Pero precisamente porque este es el punto de partida de esta teoría, cuando, en la infracción penal, el tipo subjetivo no viene perfilado exclusivamente con relación al conocimiento del hecho, sino que exige algo más<sup>700</sup>, la aplicación de dicha doctrina se complica, y entonces se exige algo más para imputar el delito a la persona jurídica.

Como señala, Lederman, resulta más difícil «dividir» entre varios sujetos el elemento «intencional» del delito, que el «racional», que es el mero conocimiento, y que sí es más fácilmente fragmentable. El primero está o no presente en un sujeto y no puede ser acumulado o segregado, como sí puede hacerse con el segundo. Así, en el contexto de una persona jurídica, si uno de sus directivos conoce un hecho y su colega conoce otro, podemos afirmar que la entidad como tal conocía ambos; pero si uno de ellos quiere una cosa, y otro, otra diferente, incompatible con la de su compañero, no podríamos concluir que la entidad desea ambas a la vez<sup>701</sup>

En este sentido, compartimos la opinión de aquellos autores que consideran, como hemos expuesto, que en la sentencia *United States v. Bank of England*, paradigma, como hemos dicho, de la aplicación de la doctrina del *collective knowledge*, la clave para la condena de la entidad bancaria no fue realmente que hubiera tenido o no un conocimiento actual de lo que estaba ocurriendo, derivado de la «suma» de lo que sabían varios de sus empleados, sino que lo fue lo que el Tribunal calificó como una indiferencia flagrante hacia sus obligaciones y responsabilidades como institución; una indiferencia que permitió calificar su comportamiento no sólo como *knowingly*, sino como *knowingly* y *willfully*, tal como exigía la norma aplicable. Apreciación que, por otro lado, ya se había realizado en las sentencias dictadas en *United States v. Sawyer Transport, Inc.*<sup>702</sup> o *United States v. T.I.M.E.-D.C.*<sup>703</sup>.

Detengámonos a continuación en los elementos que, según el Juez, en el caso *United States v. Bank of England*, el Jurado podía valorar para declarar probado que, efectivamente, la entidad había actuado con esa indiferencia flagrante. Estos eran, por un lado, los esfuerzos que

---

<sup>700</sup>Ya hicimos referencia en su momento a lo difícil que, en ocasiones, resulta distinguir entre los distintos términos utilizados por el legislador para definir el elemento subjetivo del delito, y concretamente, entre los términos *knowingly* y *willfully*, si es que, realmente, es posible distinguir. En cualquier caso, el análisis de la jurisprudencia permite concluir que los Tribunales se esfuerzan en distinguir ambos términos, exigiendo un «plus» para condenar a la persona, física o jurídica, cuando la norma penal exige actuar no sólo *knowingly*, sino *knowingly* y *willfully*. Se trataría, en definitiva, de exigir además del conocimiento, la voluntad.

<sup>701</sup>Véase, Lederman, Eli, «Models for Imposing Corporate Criminal Liability...», cit., p. 668-669.

<sup>702</sup>*United States v. Sawyer Transp. Inc.*, 337 F. Supp. 29 (D. Minn. 1971), *affd*, 463 F. 2d 175 (8th Cir. 1972).

<sup>703</sup>*United States v. T.I.M.E.-D.C. Inc.*, 381 F. Supp. 730 (W.D. Va. 1974). Se estaría de esta forma abandonando la teoría del conocimiento y de la voluntad, bastando la indiferencia.

había realizado la entidad para informar a sus empleados de sus obligaciones legales, para asegurarse que cumplían la ley o para responder a los fragmentos de información que, sobre lo que estaba ocurriendo, le fueron llegando entre septiembre de 1984 y febrero de 1985; y por otro, cuáles eran las políticas de la entidad y la manera en la que se ejecutaban<sup>704</sup>.

Al dar estas indicaciones, creemos que se permitió al Jurado valorar, al menos en parte, si la entidad, a pesar de que habían ocurrido los comportamientos ilícitos, había adoptado medidas adecuadas, no sólo para detectarlos, sino también para evitarlos; admitiendo así la existencia de una posible culpabilidad de la propia organización, entendida ésta como la existencia de un déficit organizativo que posibilitó la comisión del delito<sup>705</sup>.

Precisamente estas consideraciones contenidas en la sentencia, son las que, en nuestra opinión, han conducido a parte de la doctrina a considerar que la doctrina del *collective knowledge* supone un paso hacia delante respecto a los criterios de imputación tradicionales, contemplando una culpabilidad propia de la organización.

Efectivamente, una lectura global de esta resolución y de las demás que hemos mencionado, y por las razones que ya hemos indicado, conduce a esta conclusión; pero ello exigiría concluir, simultáneamente, que la doctrina del *collective knowledge* no sólo es una fórmula para imputar el conocimiento de los elementos del delito a la entidad, sino en realidad para imputarle a la misma el *criminal intent* exigido por la norma en cualquier caso, incluso cuando, como hemos dicho, ésta exija ese algo más -la voluntad-, que se traslada a la organización. En ese momento podríamos valorar la existencia o no de ese déficit organizativo al que hemos aludido.

En cualquier caso, hemos expuesto que la Jurisprudencia no ha consagrado claramente ni siquiera esa concepción limitada de la doctrina del *collective knowledge* como forma de imputar el conocimiento a la persona jurídica. Menos aún, ha interpretado la misma, y

---

<sup>704</sup>Declara la sentencia, citando literalmente las instrucciones dadas al Jurado: «alternatively, the bank as an institution has certain responsibilities; as an organization, it has certain responsibilities. And you will have to determine whether the bank as an organization consciously avoided learning about and observing CTR requirements. The Government to prove the bank guilty on this theory has to show that its failure to file was the result of some flagrant organizational indifference. In this connection, you should look at the evidence as to the bank's effort, if any, to inform its employees of the law; its effort to check on their compliance; its response to various bits of information that it got in August and September of '84 and February of '85; its policies, and how it carried out its stated policies».

<sup>705</sup>Respecto a este concepto de culpabilidad de organización, véase, López Barja de Quiroga, Jacobo, *Tratado de Derecho Penal*, 1ª ed., 2010, p. 395.

concretamente las afirmaciones realizadas en la sentencia *United States v. Bank of England* de la manera que acabamos de proponer.

## **II. LA APLICACIÓN A LAS PERSONAS JURÍDICAS DE LA TEORÍA DE LA *WILLFUL BLINDNESS***

### **1. Consideraciones generales**

La doctrina de la *willful blindness*, conocida también como *willful ignorance* o *contrived ignorance* se utiliza por la jurisprudencia estadounidense, en el ámbito de la responsabilidad individual, para resolver aquellos supuestos en los que una persona afirma desconocer los hechos constitutivos del delito, aunque pudo haberlos conocido y no quiso hacerlo<sup>706</sup>.

La misma tiene su origen en la Jurisprudencia inglesa de la segunda mitad del siglo XIX, cuando comenzaron a dictarse sentencias en las que se equiparaba el conocimiento de un hecho, con la «evitación deliberada» de dicho conocimiento. Es el caso de la sentencia dictada en 1861, en el caso *Regina v. Sleep*<sup>707</sup>, en la que el Tribunal, en un delito relacionado con la apropiación indebida de determinados bienes del Gobierno, declaraba, al revocar la condena recaída en primera instancia, que el Jurado no había concluido ni que el acusado conociera que tales bienes tenían tal dueño, ni tampoco que deliberadamente hubiera evitado adquirir dicho conocimiento; sugiriendo así que podría haber confirmado dicha condena, si hubiera existido esa «ignorancia voluntaria»<sup>708</sup>.

En el mismo sentido se pronunciaría el Tribunal en la sentencia dictada el caso *Bosley v. Davies*<sup>709</sup> en 1875; pudiéndose afirmar que, a finales de siglo, esta doctrina, aún formulada de manera sencilla, está plenamente consagrada en la Jurisprudencia británica<sup>710</sup>.

Es precisamente entonces cuando comienza a ser acogida por los Tribunales de los Estados Unidos. La referencia más antigua se sitúa en una sentencia del año 1882, en el caso

---

<sup>706</sup>López Barja de Quiroga, Jacobo, *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 481.

<sup>707</sup>Robbins, Ira P., «The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea», 81 *J. Crim. L. & Criminology* 191 (1990), p. 196.

<sup>708</sup>Véase, Robbins, Ira P., «The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance ...», cit., p. 196.

<sup>709</sup>*Bosley v. Davies*, 1 Q.B.D. 84 (1875).

<sup>710</sup>Véase, Robbins, Ira P., «The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance...», cit., p. p. 196-197. También las consideraciones que sobre el origen histórico de esta teoría realiza el Tribunal Supremo Federal en la sentencia dictada en el año 2011, en el caso *Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A.*, 563 U.S.\_ (2011).

*United States v. Houghton*<sup>711</sup>, en la que el juez de primera instancia rechazó que una persona pudiera «cerrar los ojos» cuando le pareciera, a pesar de la existencia de fuentes de información y, a continuación, excusar su ignorancia alegando que «no vio» nada<sup>712</sup>.

En 1899, en *Spurr v. United States*<sup>713</sup>, el Tribunal Supremo Federal acoge por primera vez esta idea, y declara que el Jurado puede condenar al acusado si éste ha cerrado los ojos a los hechos y, deliberadamente, no ha realizado las averiguaciones necesarias que le hubieran conducido a conocerlos<sup>714</sup>.

Siguiendo esta sentencia, la doctrina se consolida y los Tribunales Federales la aplican durante toda la mitad del siglo XX<sup>715</sup>. De hecho, en 1962, el *Model Penal Code* la incorpora a su texto, disponiendo que una persona conocerá la existencia de un hecho concreto cuando sea consciente de la alta probabilidad de su existencia, a menos que realmente crea que no existe<sup>716</sup>.

A lo largo de los años 70, su aplicación se aviva particularmente, en supuestos relacionados con el tráfico de drogas, dictándose sentencias como las correspondientes a los casos *Turner v. United States*<sup>717</sup> o *United States v. Jewell*<sup>718</sup>. En esta última declararía el Tribunal, que aquel que cierra los ojos ante determinados hechos «críticos», en realidad, tiene el conocimiento de los mismos.

En la actualidad esta doctrina sigue plenamente vigente, y así lo ha reconocido expresamente el Tribunal Supremo Federal, en el año 2011, en la sentencia dictada en el caso *Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A.*<sup>719</sup>.

---

<sup>711</sup>*United States v. Houghton*, 14 F. 544, 547 (DC NJ).

<sup>712</sup>Véase, *Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A.*, 563 U.S.\_ (2011).

<sup>713</sup>*Spurr v. United States*, 174 U.S. 728 (1899).

<sup>714</sup>Véase, Robbins, Ira P., «The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance...», cit., p. 198.

<sup>715</sup>Véase, *Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A.*, 563 U.S.\_ (2011), que cita los siguientes casos: *United States v. Yasser*, 114 F. 2d 558 (CA3 1940); *Rachmil v. United States*, 43 F. 2d 878 (CA9 1930) (per curiam); *United States v. Erie R. Co.*, 222 F. 444 (DCNJ 1915); o *Grant Bros. Constr. Co. v. United States*, 13 Ariz. 388 (1911).

<sup>716</sup>Dice el texto: «when knowledge of the existence of a particular fact is an element of an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of its existence, unless he actually believes that it does not exist». El Tribunal Supremo, en *Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A.*, reconoce la utilización ha realizado de esta definición del *Model Penal Code*. Un estudio más detallado sobre la misma puede encontrarse en Marcus J. L., «Model Penal Code Section 2.02 (7) and Willful Blindness», 102 *Yale L.J.* 2231 (1993).

<sup>717</sup>*Turner v. United States*, 396 U.S. 398 (1970). Véase al respecto, López Barja de Quiroga, Jacobo, *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 481.

<sup>718</sup>*United States v. Jewell*, 532 F.2d 697 (9th Cir. 1976).

<sup>719</sup>*Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A.* 563 U.S.\_ (2011).

Esta sentencia no dirime responsabilidades penales sino que se dicta en el campo de las infracciones de los derechos de patentes. Pero precisamente, antes de concluir que la doctrina de la *willful blindness* es aplicable también en este campo, el Tribunal Supremo reconoce expresamente su vigencia en el Derecho Penal, hace un recorrido breve sobre su historia y expone sus exigencias, que serían las siguientes<sup>720</sup>: a) el acusado debe creer que existe una alta probabilidad de que el hecho exista; y b) el acusado, deliberadamente, debe haber realizado acciones tendentes a evitar su conocimiento. Estos presupuestos, según el Tribunal<sup>721</sup>, son los que permitirán distinguir estas situaciones de la mera negligencia porque el *willfully blind defendant* es aquel que deliberadamente evita confirmar la alta probabilidad del ilícito y, por tanto, se puede decir que prácticamente lo conocía; mientras que el *reckless defendant* es aquel que sólo conoce de la existencia de un riesgo sustancial e injustificado de que se produzca el ilícito.

## **2. La doctrina de la *willful blindness* como criterio de atribución del *state of mind* a las personas jurídicas**

La doctrina de la *willful blindness* puede tener relevancia en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, desde dos perspectivas: como criterio de atribución del conocimiento necesario para la comisión del delito a la persona física que lo comete en el seno de la organización o como criterio de atribución de dicho conocimiento a la propia persona jurídica.

*Desde la perspectiva de la persona física.-*

La doctrina de la ignorancia deliberada puede servir de base, en primer lugar, para concluir que la persona física que comete un delito reúne, en un caso concreto, el *mens rea* exigido por la norma, y así, aplicando la doctrina del *respondeat superior*, atribuir este a la entidad en cuyo seno comete dicha infracción.

Este fue el caso por ejemplo de la sentencia dictada en el caso *United States v. St. Michael's Credit Union*<sup>722</sup>, cuyo supuesto de hecho, como en el caso contra el *Bank of New England, N.A.*, estaba relacionado con no haber comunicado al organismo correspondiente

---

<sup>720</sup>*Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A.* 563 U.S. (2011), p. 13.

<sup>721</sup>*Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A.* 563 U.S. (2011), p. 14.

<sup>722</sup>*United States v. St. Michael's Credit Union*, 880 F.2 d 579 (1st Cir. 1989).

determinadas transacciones financieras. En efecto, la lectura de esta resolución pone de manifiesto que el comportamiento que se valora, desde la perspectiva de la posible aplicación de la teoría de la ignorancia deliberada, que se menciona expresamente, es el de una de las empleadas de la entidad de crédito implicada que, junto a esta última, había sido condenada en primera instancia. Y se hace así porque, como explica el propio Tribunal al inicio de su resolución, la responsabilidad de la entidad deriva precisamente de la responsabilidad de esta empleada. Pues bien, esta valoración condujo a concluir que la empleada pudo conocer efectivamente que determinadas transacciones no se estaban comunicando debidamente y que, aun así, la misma decidió no realizar las averiguaciones pertinentes; confirmándose en consecuencia su condena y, con ella, la de su compañía.

La misma argumentación respecto al comportamiento de un empleado de la compañía realizó el Tribunal del Segundo Circuito en la sentencia dictada en el caso *United States v. Hayes Interna. Corp.*<sup>723</sup>. En esta ocasión, en un supuesto de hecho relacionado con el incumplimiento de la normativa sobre el tratamiento de residuos tóxicos. También se parte de la idea de que la responsabilidad de la compañía condenada nace de la de su empleado, y es por tanto la actuación de este último la que se analiza; concluyéndose que existían indicios suficientes para que hubiera podido advertir que el tercero con el que habían contratado el tratamiento de dichos residuos no sólo no tenía permiso para ello, sino que estaba tratando los mismos de forma inadecuada.

*Desde la perspectiva de la propia persona jurídica.-*

Más interesante nos resulta la posibilidad de que la doctrina de la *willful blindness* puede servir de base para inferir un *mens rea* propio de la persona jurídica.

En esta línea, algunos autores, como expusimos en su momento, han relacionado esta doctrina con la teoría del *collective Knowledge*. Algunos, como Hagemann y Grinstein, sostienen, de hecho, que aquella es una forma de aplicación de esta última. Otros, aunque no son tan tajantes, cuando exponen, con carácter general, cuáles son los criterios de imputación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, parten de la misma visión, puesto que al

---

<sup>723</sup>*United States v. Hayes Interna. Corp.*, 786 F.2d 1499 (1986).



incluir, entre estos criterios, la *willful blindness*, mencionan en su apoyo la sentencia dictada contra el Banco de Nueva Inglaterra, que es precisamente el *leading case* de la teoría *collective knowledge*<sup>724</sup>.

No compartimos esta equiparación entre una y otra doctrina.

Ya describimos cuáles fueron los argumentos facilitados al Jurado en el caso *United States v. Bank of England*, para que pudiera valorar que el Banco de Nueva Inglaterra había actuado con flagrante indiferencia hacia sus obligaciones como institución; y creemos que éstos no constituyen propiamente lo que denominaríamos una «*willful blindness instruction*» o, al menos, no completamente.

Ciertamente, según las indicaciones dadas a los miembros del Jurado, estos podían valorar la indiferencia que había mostrado la entidad hacia determinados hechos «críticos», los cuales le hubieran podido conducir a concluir que se estaban realizando determinados comportamientos ilícitos por parte de sus empleados; pero también, los esfuerzos que había realizado esta entidad para formar a sus empleados sobre cuáles eran sus obligaciones o sus propias políticas como empresa y la implementación de éstas. La «indiferencia flagrante» pues a la que se refería el Tribunal, y derivada, como él mismo indicó, de su papel como organización, iba más allá de la «ignorancia deliberada», que permite imputar a las personas físicas el conocimiento de los hechos constitutivos del delito.

Además tampoco parece que se exigiera a la entidad que su actuación hubiera estado deliberadamente dirigida a no conocer lo que estaba ocurriendo<sup>725</sup>, que es, según hemos dicho, uno de los presupuestos de la aplicación de la doctrina de la *willful blindness*; y que es precisamente lo que permite diferenciar en estos casos el comportamiento doloso del meramente imprudente.

En definitiva, en *United States v. Bank of England* se maneja un criterio de imputación distinto, que no hemos de confundir con la doctrina de la *willful blindness* tradicional, y basado, como expusimos en su momento, en una defectuosa organización de la entidad bancaria

---

<sup>724</sup>En este sentido, Véase, Androphy, Joel M., «General Corporate Criminal Liability», 60 *Tex. B.J.* 121 (1997), p. 2; Neumann Vu., Stacey, «Corporate Criminal Liability: Patchwork Verdict...», cit., p.14; Thompson B. y Yong A., «Criminal Corporate liability», 49 *Am. Crim. L. Rev.* 489 (2012), p. 499.

<sup>725</sup>En este sentido también, Lederman, Eli, «Models for Imposing Corporate Criminal Liability...», cit., p. 671.

condenada, que le impidió detectar y prevenir la comisión de los delitos que se estaban cometiendo en su seno.

Idéntica conclusión podríamos alcanzar analizando las sentencias dictadas en el caso *United States v. Sawyer Transport, Inc.*<sup>726</sup>, que también mencionamos en su momento como ejemplo de aplicación de la doctrina del *collective knowledge*.

Ahora bien, al margen de la sentencia dictada en *United States v. Bank of England*, y por tanto al margen de esta última doctrina, existen otras resoluciones judiciales que sí podrían ser una muestra de una aplicación genuina de la doctrina de la *willful blindness*, como criterio de imputación para las personas jurídicas. Se trata de resoluciones más recientes, dictadas, eso sí, en procedimientos civiles, de distinta naturaleza, y en las que se utiliza la teoría de la ignorancia deliberada para concluir que las entidades demandadas tenían, sobre los hechos de los que derivaba su responsabilidad, el conocimiento necesario.

Este es el caso de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en el caso *Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A.*<sup>727</sup>, donde consideró que la «ignorancia deliberada» era un criterio válido para concluir que la entidad demandada conocía, en el supuesto debatido, que se estaban vulnerando los derechos de patentes.

En el mismo sentido, se pronunció el Tribunal en *Williams v. Obstfeld*<sup>728</sup>. Aquí, en el contexto de una acción civil ejercida en el marco de la *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* (“RICO”), el Tribunal admite expresamente la posibilidad de que el conocimiento pueda ser imputado con base en la teoría de la *willful blindness* o *deliberate ignorance*, esto es, puede ser atribuido a aquél que conozca la alta probabilidad de la ilegalidad de la conducta y deliberadamente evite conocerla.

Esta sentencia es citada, a su vez, en la dictada en el caso *U.S v. Baxter Inter., Inc.*<sup>729</sup> en la que también, respecto a la posible responsabilidad de las entidades demandadas, se afirma que a aquel que deliberadamente no ve un hecho se le puede imputar el conocimiento del mismo.

---

<sup>726</sup>*United States v. Sawyer Transp., Inc.*, 337 F. Supp. 29 (D. Minn. 1971), *affd*, 463 F.2d 175 (8th Cir. 1972).

<sup>727</sup>*Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A.*, 563 U.S. (2011).

<sup>728</sup>*Williams v. Obstfeld*, 314 F.3d 1270 (11th Cir. 2002).

<sup>729</sup>*U.S v. Baxter Inter. Inc.*, 345 F.3d 866 (11th Cir. 2003).



## CAPÍTULO SEXTO. EL *MODEL PENAL CODE*

### I. LA NATURALEZA E INFLUENCIA DEL *MODEL PENAL CODE*

En los Estados Unidos no existe un Código Penal vigente para todo el país. Cada uno de los 52 Estados que lo configuran tiene sus propias normas penales, codificadas o no, que conviven a su vez con las normas penales federales, dispersas y muy numerosas, en las que se tipifican los distintos delitos federales.

Las diferencias entre las distintas legislaciones penales estatales son importantes, pero algunas de las similitudes que presentan se deben en gran medida a la influencia que sobre dichas legislaciones ejerció la publicación del conocido como *Model Penal Code*<sup>730</sup>.

Este modelo o propuesta, que trató de sistematizar y racionalizar las normas penales existentes en las distintas jurisdicciones del país<sup>731</sup>, es lo más parecido a lo que nosotros entendemos por un Código Penal. Fue elaborado por el *American Law Institute* y publicado definitivamente en 1962.

Su importancia radica en que, desde su publicación y a pesar de ser lógicamente una propuesta no vinculante, aproximadamente la mitad de los Estados que conforman el país, se han basado en él para la elaboración de sus propias normas<sup>732</sup>, de ahí que su cita por la doctrina y también por los Tribunales, sea muy frecuente.

### II. LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS CONSAGRADOS EN SU TEXTO

Cuando, a mediados del siglo XX, comienzan los trabajos para la elaboración del *Model Penal Code*, la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas, con base en la doctrina del *respondeat superior*, estaba plenamente consolidada en la Jurisdicción Federal. En las jurisdicciones estatales, sin embargo, la doctrina al respecto no estaba tan definida, y sólo el

---

<sup>730</sup>Robinson, Paul H. y Dubber, Markus D., «The American Model Code: A brief Overview», *10 New Crim. L. Rev.* 319 (2007), p. 320.

<sup>731</sup>Robinson, Paul H. y Dubber, Markus D., «The American Model Code...», cit., p. 323.

<sup>732</sup>Estados como Nueva York, Nueva Jersey, Pensilvania u Oregón han promulgado muchas de las normas contempladas en esta propuesta. Véase al respecto, Emanuel, Steven L., *Criminal Law*, cit., p. 10. También, Strader, Kelly J., *Understanding White Collar...*, cit., p. p. 18-19.

Estado de Delaware contaba con una ley que establecía, con carácter general, los criterios de imputación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas<sup>733</sup>.

En este escenario, y en un intento, según algún autor, de poner orden, precisamente, en las jurisdicciones estatales<sup>734</sup>, comienza a discutirse, en 1956, la disposición número 2.07 del *Model Penal Code*, destinada a regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>735</sup>.

Dos fueron fundamentalmente las cuestiones debatidas: si el Código debía o no reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas; y qué actos, reconocida dicha responsabilidad, debían dar lugar a la misma y quién debería realizarlos<sup>736</sup>. La primera cuestión fue contestada afirmativamente, aunque con voces críticas. Entre estas, la del profesor Gerhard Mueller, que entendía que era necesario una discusión más detallada sobre la necesidad y utilidad de esta responsabilidad, que se estaba expandiendo en exceso<sup>737</sup>.

El debate en torno a la segunda cuestión cristalizó en la disposición citada, la número 2.07 del *Model Penal Code*. Nos detendremos en ella por dos razones. La primera, porque aunque los estándares de imputación que consagra no han sido acogidos a nivel federal, sin embargo, han servido de modelo, como hemos dicho, para algunas legislaciones estatales y, por ello, merecen ser mencionados<sup>738</sup>. Pero también, porque desde el momento en que es un criterio de imputación distinto, y en cierta medida más restringido que el consagrado en la actualidad por la Jurisprudencia Federal, convendría tenerlo en cuenta para cualquier posible replanteamiento del modelo actual<sup>739</sup>.

---

<sup>733</sup>Véase, Brickey, Kathleen F., «Rethinking Corporate...», cit., p. p. 594-595.

<sup>734</sup>Lafer, William S., *Corporate Bodies and Guilty...*, cit., p. 22.

<sup>735</sup>Véase, Brickey, Kathleen F., «Rethinking Corporate...», cit., p. p. 595-596.

<sup>736</sup>Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 7. 04 (versión electrónica).

<sup>737</sup>Véase, Brickey, Kathleen F., «Rethinking Corporate...», cit., p. p. 595-596.

Decía Mueller, en 1957, con relación a la responsabilidad criminal de las personas jurídicas: «Nadie la alimentó, nadie la cultivó, nadie la plantó. Sencillamente creció - *nobody bred it, nobody cultivated it, nobody planted it. It just grew-*» Mueller, Gerhard O. W., «Mens Rea and the Corporation: A Study of the Model Penal Code Position on Corporates Criminal Liability», 19 *U. Pitt. L. Rev.* 21 (1957), p. 21.

<sup>738</sup>Tres son los estándares de imputación que respecto a las personas jurídicas consagran los Estados: el del *Model Penal Code*, el propio de la Jurisdicción Federal, esto es, el *respondeat superior*, o bien, variaciones de uno u otro. Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 7. 06 (versión electrónica). Para una exposición sobre el régimen de cada Estado, véase, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 7. 06 (versión electrónica).

<sup>739</sup>En esta línea, Bucy, Pamela H., «Why punish? Trends in Corporate Criminal...», cit., p. 1289, para quien el *Model Penal Code* constituye la mejor alternativa que, al modelo actualmente vigente, puede encontrarse en la Jurisprudencia Americana.

El *Model Penal Code* establece tres criterios de imputación de las personas jurídicas, en función del tipo de infracción penal de que se trate<sup>740</sup>:

- En primer lugar, aquellos delitos que no estén previstos en dicho texto sino en una ley independiente *-regulatory statute-*, o que sean constitutivos de meras *violations*<sup>741</sup>, serán imputables a una persona jurídica cuando así lo haya pretendido claramente el legislador<sup>742</sup> y la conducta típica se ejecute por un representante o empleado de la entidad, actuando, en su nombre y en el ejercicio de las funciones que tiene encomendadas, salvo que se acredite que la persona encargada, dentro de la organización, de supervisar la actividad en cuyo desarrollo se cometió el delito, ejerció la diligencia debida para impedir su comisión

Se consagra de esta forma, para este primer grupo de infracciones penales, el criterio de imputación ya entonces vigente en el ámbito federal, pero con dos matizaciones. La primera, que el legislador haya querido claramente que la infracción de que se trate pueda ser atribuida a una persona jurídica, bien porque así lo haya previsto expresamente, bien porque, interpretada la norma, se alcance dicha conclusión<sup>743</sup>. Y la segunda, más relevante, la posibilidad de que la entidad quede exenta de responsabilidad penal si prueba que la persona encargada de supervisar la actividad en la que se ha cometido el delito ejerció la diligencia debida para impedirlo. Concretamente el texto exige que esa debida diligencia se haya ejercido por parte de la dirección de la empresa y, específicamente, por parte de alguien que tenga la consideración de *high managerial agent*, esto es, de alto directivo o miembro del equipo directivo<sup>744</sup>. Debieron

---

<sup>740</sup>Véase al respecto, Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., p. p.33-38; Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar Crime...*, cit., p. p. 19-23; Laufer, William S., *Corporate Bodies and Guilty...*, cit., p. 23; Bucy, Pamela H., «Why punish? Trends in Corporate Criminal...», cit., p. p. 1289-1290. Brickey, Kathleen F., «Rethinking Corporate Liability...», cit., p. p. 598-604. También, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 7.04 (versión electrónica); Strader, Kelly J., *Understanding White Collar...*, cit., p. p. 18-19.

<sup>741</sup>Esto es, infracciones menos graves, que no se consideran como auténticos *crimes* y castigadas con pena de multa. Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., p. 33.

<sup>742</sup>Dice el texto: «...where the legislature has clearly imposed liability on the corporation».

<sup>743</sup>Al respecto debe destacarse que, en este último caso, esto es, cuando no exista previsión expresa de la norma, ni el *Model Penal Code* ni los comentarios que le acompañan establecen cuáles son los criterios de interpretación que han de seguirse para concluir que el legislador pretendía incluir a las personas jurídicas en la norma penal de que se trate. Esta falta de orientación del texto nos devuelve así necesariamente a la discusión tradicional sobre si algunas infracciones penales, por su propia naturaleza, pueden no ser imputables a las personas jurídicas; un debate complejo que, en cualquier caso, como explicamos en su momento, ha acabado por considerar que son muy pocos los delitos que no pueden ser imputables a las entidades. En consecuencia, el alcance de esta disposición del *Model Penal Code* para limitar realmente la responsabilidad penal de estas entidades es ciertamente limitado, particularmente en el ámbito de las *regulatory statutes*. En este sentido, Brickey, Kathleen F., «Rethinking Corporate Liability...», cit., p. 599.

<sup>744</sup>El texto dice: «...the high managerial agent having supervisory responsibility over the subject matter of the offense employed due diligence to prevent its commission».

pensar los redactores del *Model Penal Code* que, con esta previsión, se incentivaba que los directivos de las entidades supervisaran realmente a sus empleados<sup>745</sup>.

No será aplicable, sin embargo, esta causa de exclusión de la imputación a la persona jurídica cuando estemos, según el texto, ante supuestos de infracciones basadas en responsabilidad objetiva; o cuando su aplicación sea claramente incongruente con la intención del legislador a la hora de establecer el delito en cuestión.

- En segundo lugar, para el *Model Penal Code*, las personas jurídicas serán penalmente responsables de aquellas infracciones que consistan en el incumplimiento de una obligación concreta que les imponga la Ley.

Ni el texto de esta disposición, ni los comentarios a la misma responden a la cuestión sobre qué omisiones pudieran conducir a la responsabilidad de la persona jurídica<sup>746</sup>; aunque lógicamente debemos concluir, aunque no le diga el texto, que de la omisión en cuestión deberá derivarse responsabilidad penal.

- En tercer lugar, según el apartado c) de la sección 2.07 del *Model Penal Code*, los delitos previstos expresamente en su texto, serán imputables a las personas jurídicas<sup>747</sup>, sólo cuando hayan sido autorizados, ordenados, realizados o negligentemente<sup>748</sup> tolerados, por su Consejo de Administración o por un alto directivo actuando en su nombre en el ejercicio de sus competencias.

De nuevo, para designar a estos directivos se utiliza la expresión *high managerial agent*, que comprenderá, según el propio texto, a aquellos que ejerzan funciones de tal responsabilidad que pueda concluirse claramente que su comportamiento representa la política de la entidad;

---

<sup>745</sup>Véase, Laufer, William S., *Corporate Bodies and Guilty...*, cit., p. 24.

<sup>746</sup>Brickey, Kathleen F., «Rethinking Corporate Liability...», cit., p. 597.

<sup>747</sup>Este modelo de Código Penal, dividido en cuatro partes, recoge en la segunda de ellas a recoger si no todos muchas fracciones penales, como los delitos de homicidio, lesiones, robos, secuestros y extorsión; los delitos contra la libertad sexual; los delitos de falsedad y otro tipo de infracciones relacionadas con prácticas fraudulentas; los delitos contra la Administración, tales como el pago de sobornos, la obstrucción a la justicia, el perjurio o el abuso de autoridad; o los delitos contra el orden público. Sobre los intentos de codificación de la materia penal en Estados Unidos, véase, Wechsler, Herber, «Codification of Criminal Law in the United States: The Model Penal Code», 68 *Colum. L. Rev.* 1425 (1968).

<sup>748</sup>El término que aquí se utiliza es *recklessly*. Se actúa de esta manera, según el *Model Penal Code*, cuando, conscientemente, no se tiene en cuenta la existencia de un riesgo importante e injustificable. Véase, Emanuel, Steven L., *Criminal Law*, cit., p. 29.

definición bastante general, por otro lado, que no proporciona una regla clara<sup>749</sup> y que los comentarios que acompañan al texto justifican precisamente por la gran variedad de estructuras que pueden presentar estas entidades<sup>750</sup>.

De los tres criterios de imputación expuestos, este último, reservado para los delitos expresamente contemplados en el *Model Penal Code*, es el más restrictivo<sup>751</sup>, y generó una fuerte discusión durante los debates previos<sup>752</sup>. A través de él, se pretendía, en definitiva, limitar la aplicación de la doctrina del *respondeat superior* que, en su versión más estricta, quedaba reservada para aquellos delitos o que fueran constitutivos de meras *violations*, o que estuvieran previstos en otras normas, las *regulatory offenses*, que, frente a los *true offenses*, reguladas en el *Model Penal Code*, tenían una carga de inmoralidad en la conducta mucho menor<sup>753</sup>.

Para apoyar este último criterio de imputación, los autores de la propuesta aludieron, por un lado, a su concordancia con la posición adoptada por el *Restatement of Torts*<sup>754</sup>, en cuanto a los daños punitivos, que sólo se imponían a las entidades, o cuando sus directivos habían intervenido en su causación, o cuando el empleado o agente había sido contratado de manera negligente<sup>755</sup>; y por otro, a la existencia de una jurisprudencia, tanto de los Tribunales ingleses como de los Tribunales estatales, que sostenía un criterio, para la responsabilidad penal de las personas jurídicas, similar al que se pretendía incorporar; y ello a pesar de que, ya en ese momento, en la jurisdicción federal, existían abundantes precedentes judiciales que admitían la responsabilidad penal de las personas jurídicas por actos cometidos por simples empleados<sup>756</sup>.

---

<sup>749</sup>En este sentido Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar Crime...*, cit., p. 22; también Brickey, Kathleen F., «Rethinking Corporate Liability...», cit., p. 601.

<sup>750</sup>Brickey Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., p. 34.

<sup>751</sup>Brickey Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., p. 33.

<sup>752</sup>Laufer, William S., *Corporate Bodies and Guilty...*, cit., p. 23.

<sup>753</sup>Véase, también Brickey, Kathleen F., «Rethinking Corporate Liability...», cit., p. p. 614-615. Ya hicimos referencia en su momento a que las *regulatory offenses*, basadas en una responsabilidad objetiva, forman parte de los tradicionalmente conocidos como delitos *mala prohibita*, esto es, delitos que son tales porque así lo ha querido el legislador; lo que los distingue de los conocidos como delitos *mala in se*, que son aquellos en los que se castiga un acto que ya es por sí inmoral, como sería un asesinato o una violación.

<sup>754</sup>Como dijimos, con el término *Restatement* se conocen los tratados que sobre las distintas áreas del Derecho han sido publicados por el *American Law Institute*. El *Restatement of Torts*, en consecuencia, hace referencia al tratado relativo al derecho de daños.

<sup>755</sup>Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit. vol.1, p. 96.

<sup>756</sup>Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol.1, p. p. 97-98. Se ocupa esta autora de las dos sentencias concretas que, en apoyo de esta posición, fueron citadas en los *Comentarios* a la propuesta del *Model Penal Code*, calificándolas de curiosas. La primera es la dictada, por un Tribuna inglés, en el caso *Rex. v. I.C.R. Haulage Ltd.* 1K.B. 551 (1944); y la segunda, la dictada, por el Tribunal de Apelación de Nueva York, en 1928, en el caso *People v. Canadian Fur Trappers' Corporation* N.Y Ct App. 248 N.Y. 159, 161 NE 455 (1928). En esta última se declaró que una persona jurídica sería penalmente responsable sólo si se cumplían dos circunstancias: a) si el autor del delito era un *officer* de la compañía; y b) si su conducta formaba parte de la marcha ordinaria del negocio, de manera que debía ser conocida por sus directivos y se debía poder concluir que había sido autorizada



Pero, este nuevo criterio de imputación, como señala Laufer<sup>757</sup>, además de limitar la posible aplicación de la doctrina del *respondeat superior*, podía dar lugar a otra consecuencia, cual era, que la persona jurídica no fuera penalmente responsable por los delitos cometidos dentro de su organización, si estos altos directivos a los que nos hemos referido, sencillamente, no tenía conocimiento del hecho; fomentándose la delegación de responsabilidades en los subordinados precisamente para evitar dicho conocimiento.

También Brickey<sup>758</sup> criticaba la excesiva estrechez del criterio porque, en su opinión, dada la complejidad de las estructuras en las que podían organizarse estas entidades, la política de la entidad podía emanar no sólo de los altos directivos, sino también de otros niveles jerárquicos dentro de la misma<sup>759</sup>. De hecho, señalaba esta autora, de aquellos Estados que habían acogido, a finales de los años 80, este criterio de imputación en sus legislaciones, sólo ocho de ellos la habían acogido de una manera tan estricta<sup>760</sup>.

Ni este último criterio, ni los demás previstos en el *Model Penal Code* tuvieron excesivo éxito en la Jurisdicción Federal. En cualquier caso, lo relevante de la propuesta radica en ese intento de limitar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tal como venía siendo entendida por los Tribunales Federales, y ello a través de dos vías. Por un lado, estableciendo que sólo los delitos cometidos o tolerados por los directivos de la entidad podrían serle atribuidos; criterio de imputación, anclado aún en un modelo de responsabilidad basado en el hecho de otro, pero más limitado que el basado en la doctrina del *respondeat superior*. Por otro, permitiendo a las personas jurídicas acusadas alegar en su defensa que, a pesar de la comisión del delito, existían, dentro de la organización, los correspondientes mecanismos de control. Esta última posibilidad es más interesante, porque apunta, de una manera incipiente, al reconocimiento de una culpabilidad propia de la organización e independiente de aquella que concurra en la persona física que cometa el delito. Ningún otro fundamento puede tener el hecho de que se permita a la entidad alegar en su defensa la existencia de estos mecanismos de control.

---

por ellos. Destaca Brickey la dificultad de hallar otros precedentes judiciales que hayan mantenido este criterio, por lo que concluye que el apoyo jurisprudencial al criterio establecido en este punto por el *Model Penal Code* era realmente débil.

<sup>757</sup>Laufer, William S., *Corporate Bodies and Guilty...*, cit., p.25.

<sup>758</sup>Brickey, Kathleen F., «Rethinking Corporate Liability...», cit., p. 631.

<sup>759</sup>En el mismo sentido, Bucy, Pamela H., «Why punish? Trends in Corporate Criminal...», cit., p. p. 1295-1299.

<sup>760</sup>En el mismo sentido, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 7.04 (versión electrónica) que destaca que muchos Estados han extendido el supuesto a otros *managers* y subordinados.

## CAPÍTULO SÉPTIMO. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS SUPUESTOS DE DISOLUCIÓN, FUSIÓN Y ADQUISICIÓN. *SUCCESSOR LIABILITY*

### I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

#### 1. *Merger & Acquisitions*

Las personas jurídicas y, particularmente, las sociedades mercantiles que se dedican al ejercicio de una actividad económica, como son las *corporations*, en las que nos centraremos, suelen tener una duración limitada en el tiempo y, llegado un determinado momento, se disuelven, desapareciendo de la realidad económica.

Asimismo durante su existencia pueden experimentar, por las más variadas razones, distintas modificaciones de su estructura societaria. De ellas, nos centraremos en aquellas que se agrupan bajo la rúbrica *Merger & Acquisitions –M & A*<sup>761</sup>.

#### *Mergers.-*

Hablaremos de *mergers* cuando dos *corporations* se fusionen entre sí integrándose en una sola entidad. Esta, la entidad resultante de la fusión, puede ser una entidad completamente nueva y distinta de las anteriores, que se disuelven (operación también conocida con el nombre de *consolidation*); o bien ser una de las que se fusionan<sup>762</sup>-*surviving corporation*-, cuando la fusión tiene su origen en un proceso de absorción donde una de las sociedades, precisamente la que no se disuelve, absorbe a las demás. En uno y otro caso, y esto es precisamente lo que caracteriza a los procesos de fusión, los accionistas de las sociedades que se fusionan reciben acciones de la entidad resultante, integrándose pues en su grupo de accionistas<sup>763</sup>.

---

<sup>761</sup>El concepto de estas modificaciones societarias en el Derecho estadounidense es similar al que podemos encontrar en Derecho español, donde esta materia se regula en la actualidad, de manera unitaria para todas las sociedades mercantiles, en la Ley 3/2009, de 3 de Abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

<sup>762</sup>Véase Pinto, Arthur R. y Branson, Douglas M., *Understading Corporate Law*, 4ª ed., 2013, p. p. 149-154; Palmiter, Alan S., *Corporations*, 7ª ed., 2012, p. p. 715-721; Hamilton, Robert W. y Freer, Richard D., *The Law of Corporations in a Nutshell*, 6ª ed., 2011, p. p. 388-394; Bainbridge, Stephen M., *Corporate Law*, cit., p. p. 341-344; Emanuel, L. Steven, *Corporations*, cit., p. p. 371-404. También, Fox, Eleanor M. y Fox, Byron E., *Corporate Acquisitions and Mergers*, Matthew Bender & Company Inc., 2013, § 2.02 (versión electrónica).

<sup>763</sup>Véase, Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. 372. También en Derecho español esta es la característica principal de las fusiones, además de la disolución de todas o algunas de las sociedades disueltas y la transmisión en bloque de su patrimonio a la sociedad resultante. Véase, Broseta Pont, Manuel y Martínez Sanz, Fernando, *Manual de Derecho Mercantil*, 18ª ed., 2011, vol. 1, p. 571. También los artículos 22 a 26 de la Ley 3/2009, de 3 de Abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

### *Merger type transaction.-*

Las operaciones descritas serían lo que podríamos llamar fusiones tipo. Junto a ellas existen, sin embargo, otras operaciones societarias, que conducen a consecuencias similares, aunque sometidas a distintos requisitos, y que también podría encajar en lo que sería un «*merger type deal*» o «*merger type transaction*»<sup>764</sup>, pues, como las anteriores, existe un canje o intercambio de acciones.

Estas operaciones son fundamentalmente dos:

A) La denominada *stock for-stock exchange*, en la que una sociedad, la adquirente, en lugar de fusionarse con otra de alguna de las maneras expuestas, lo que hace es adquirir sus acciones a cambio de acciones propias. El resultado práctico es como el de una fusión por absorción, pero con la diferencia de que la entidad adquirida *-target company-* puede seguir existiendo como entidad jurídicamente independiente, aunque como *subsidiary* de la entidad adquirente<sup>765</sup>.

B) La llamada *stock-for-assets exchange*. De nuevo, se trata de una operación similar a una fusión pero en ella la sociedad adquirida *-target company-* transmite a la entidad adquirente todo o la mayor parte de su patrimonio a cambio de la entrega de acciones. A continuación la primera, la sociedad adquirida puede o conservar las acciones recibidas o disolverse, distribuyendo estas últimas entre sus socios<sup>766</sup>.

### *Acquisitions.-*

Junto a las operaciones societarias, que hemos agrupado bajo la denominación de «*merger type deal*», existen otras en las que no se da el canje de acciones descrito, en sus distintas modalidades, sino que sencillamente una entidad adquiere otra a cambio de pagar un

---

<sup>764</sup>Véase, Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. 372. También, Fox, Eleanor M. y Fox, Byron E., *Corporate Acquisitions and Mergers*, cit., § 2.02 (versión electrónica).

<sup>765</sup>Véase, Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. p. 373-375. También, Fox, Eleanor M. y Fox, Byron E., *Corporate Acquisitions and Mergers*, cit. § 2.02 (versión electrónica).

<sup>766</sup>Véase, Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. p. 375-376. También, Fox, Eleanor M. y Fox, Byron E., *Corporate Acquisitions and Mergers*, cit., § 2.02 (versión electrónica).

precio a sus accionistas, los cuales no entran a formar parte del accionariado de la sociedad adquirente. Son las *acquisitions* o «sale- type transactions»<sup>767</sup>.

Estas a su vez pueden ser de dos tipos. Es posible que estemos ante una «*asset- sale- and liquidation*», donde una entidad decide vender todo o la mayor parte de sus activos a otra a cambio de un precio, que podrá consistir en dinero o en otra contraprestación. De ordinario la primera, a continuación, se disuelve, distribuyendo entre sus accionistas el precio recibido<sup>768</sup>. O bien nos podemos encontrar ante una «*stock sale*». En ella no es la entidad la que decide, como en el caso anterior, a través de sus órganos de administración y dirección, la cesión de su patrimonio, sino que es la sociedad adquirente la que compra sus títulos a sus accionistas. Como consecuencia de ello, la sociedad adquirente pasa a controlar a la adquirida, pudiendo, a continuación, acordar su disolución, adjudicándose su patrimonio<sup>769</sup>.

Todas estas modificaciones de las estructuras societarias suponen sin duda complejas operaciones de integración y, en su caso, de liquidación de las entidades afectadas, que han de respetar y proteger muy variados intereses, entre ellos, los de los accionistas, y por supuesto, los de aquellos que ostentan derechos frente a las mismas.

Asimismo, en aquellos ordenamientos donde está reconocida la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como el caso del ordenamiento de los Estados Unidos, parece inevitable plantearse cómo estas reorganizaciones societarias afectan a dicha responsabilidad: ¿implica la disolución de una sociedad la extinción de su responsabilidad penal y, en consecuencia, la de cualquier posible acción penal contra ella, como lo implica la muerte para las personas físicas?; ¿puede imputarse a la nueva sociedad resultante de un proceso de fusión la responsabilidad penal de los delitos cometidos en el seno de alguna o algunas de las sociedades preexistentes?; ¿qué ocurre en los supuestos en los que sólo se adquiere íntegramente el patrimonio de una entidad en cuyo seno se han podido cometer delitos?

---

<sup>767</sup>Véase, Bainbridge, Stephen M., *Corporate Law*, cit., p. p. 339-340; Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. 381.

<sup>768</sup>Véase, Fox, Eleanor M. y Fox, Byron E., *Corporate Acquisitions and Mergers*, cit., § 2.02 (versión electrónica); Pinto, Arthur R. y Branson, Douglas M., *Understading Corporate Law*, cit., p. 154; Palmiter, Alan S., *Corporations*, cit., p. p. 721-725; Hamilton, Robert W. y Freer, Richard D., *The Law of Corporations in a Nutshell*, cit., p. p. 394-397; Bainbridge, Stephen M., *Corporate Law*, cit., p. p. 344-348; Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. 382.

<sup>769</sup>Véase, Pinto, Arthur R. y Branson, Douglas M., *Understading Corporate Law*, cit., p. p. 155-156; Hamilton, Robert W. y Freer, Richard D., *The Law of Corporations*, cit., p. 393; Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. p. 383-384.

Al examen de estas cuestiones vamos a dedicar este capítulo.

## **2. Fuentes**

### **2.1. La jurisdicción estatal**

La regulación de la disolución de sociedades así como de los procesos de fusión y adquisición de las mismas corresponde en los Estados Unidos a los Estados Federales.

Las *corporations* son esencialmente criaturas del Derecho estatal. Lo fueron inicialmente y continúan siéndolo en la actualidad. Es el Derecho de los Estados y, concretamente, el de aquél en el que la entidad se haya constituido, el que regula esencialmente su vida y funcionamiento. No existe una ley de sociedades, aplicable a todo el territorio de los Estados Unidos; sin perjuicio de que algunas normas federales regulen cuestiones determinadas que les afecten, especialmente, si cotizan en bolsa.

De esta forma, cómo ha de llevarse a cabo y qué efectos tiene, con carácter general, la disolución, fusión o adquisición de una *corporation* no está regulada a nivel federal, si no que lo está por cada uno de los Estados.

Estas normas estatales, por otro lado, a pesar de las diferencias existentes entre ellas, suelen consagrar, en este campo, dos reglas fundamentales: a) la disolución de una sociedad abre un proceso de liquidación durante el cual su existencia se prolonga, a veces por un concreto período de tiempo, para que puedan finiquitarse ordenadamente sus asuntos, entre ellos, las posibles reclamaciones judiciales a su favor o en contra; y b) en los procesos de fusión, las entidades resultantes asumirán las relaciones y responsabilidades de las sociedades extinguidas como consecuencia de los mismos.

Asimismo, la aprobación y publicación paulatina de estas normas, supuso, como veremos más detenidamente a continuación, por un lado, el progresivo abandono de la regla tradicional del *common law*, según la cual disuelta una persona jurídica ninguna reclamación judicial podía formularse contra ella; y por otro, que comenzara a debatirse ante los Tribunales qué efectos tenían estas decisiones societarias en la posible responsabilidad penal en que hubieran podido incurrir las entidades implicadas.

## 2.2. La Jurisdicción Federal. *Federal Common Law*

Siendo el Derecho estatal el llamado, en primer lugar, a regular los procesos de disolución, fusión y adquisición de sociedades y no existiendo una norma federal que regule con carácter general esta cuestión, surge la pregunta de qué Derecho será el aplicable, cuando, ante los Tribunales Federales, en el marco de una materia de competencia federal, se plantea una cuestión al respecto.

Pensemos por ejemplo en la normativa *antitrust*. Esta es una materia en la que es competente el legislador federal, que ha publicado la *Sherman Act*. Siendo una materia de competencia federal regulada por una ley federal, esta será la que aplicarán los tribunales de esta jurisdicción, que, al hacerlo, no están además vinculados por el Derecho estatal<sup>770</sup>. Pero ¿qué ocurre si esta norma federal no regula concretamente los efectos que una disolución o una fusión puede tener sobre las acciones civiles o penales en ella previstas. ¿Deben entonces los tribunales federales acudir al Derecho estatal en este aspecto concreto o pueden «crear» su propio Derecho?

En efecto, dos son las soluciones que al respecto se han planteado: la primera, crear lo que sería un *Federal Common Law*, basado en los principios propios que inspiren la materia federal de que se trate, paralelo al que los Tribunales Estatales están legitimados para crear en sus respectivas jurisdicciones; la segunda, aplicar el Derecho estatal cuando, ante esa falta de respuesta expresa de la norma federal<sup>771</sup>, sea posible que la aplicación de este Derecho, el estatal, nos permita resolver la controversia.

La doctrina del Tribunal Supremo Federal se inclina por esta última opción, y en la sentencia dictada en el caso *Eri R. R. v. Tompkins*<sup>772</sup> declara que los Tribunales Federales no deben, con carácter general, crear *Federal Common Law*<sup>773</sup>. En *Texas Industries Inc. v. Radcliff*

---

<sup>770</sup>En este sentido, la sentencia dictada por el Tribunal Supremo Federal en el caso *United States v. Kimbell Foods Inc.*, 440 U.S. 715 (1979), según la cual, y con cita de la dictada en *Clearfield Trust Co. v. United States*: «the authority [to do so] had its origin in the Constitution and the statutes of the United States and was in no way dependent on the laws [of any State]. The duties imposed upon the United States and the rights acquired by it . . . find their roots in the same federal sources. In absence of an applicable Act of Congress it is for the federal courts to fashion the governing rule of law according to their own standards».

<sup>771</sup>Véase, también la sentencia dictada en el caso *United States v. Kimbell Foods Inc.*, 440 U.S. 715 (1979), según la cual: «controversies directly affecting the operations of federal programs, although governed by federal law, do not inevitably require resort to uniform federal rules».

<sup>772</sup>*Eri R. R. v. Tompkins*, 304 U. S. 64 (1938).

<sup>773</sup>Chemerinsky, Erwin, *Federal Jurisdiction*, 6ª ed., 2012, p. 381.

*Materials Inc.*<sup>774</sup>, por su parte, concretaba dos supuestos en los que esto último sí sería posible: a) cuando una decisión fundada en el Derecho federal fuera necesaria para proteger intereses exclusivamente federales, por afectar a la autoridad y obligaciones de los Estados Unidos como estado soberano o por ser de naturaleza interestatal; y b) cuando el Congreso hubiera autorizado expresamente a los Tribunales Federales a crear Derecho sustantivo<sup>775</sup>. En esta misma línea se pronunciaría también en *O'Melveny & Myers v. Fdic*<sup>776</sup>, al declarar que la resolución de una controversia con base en el Derecho federal común debe quedar limitada a aquellos casos en los que existe un conflicto significativo entre una política o un interés federal y el uso del Derecho estatal<sup>777</sup>.

No obstante estas declaraciones generales y la interpretación restrictiva que sobre este extremo ha hecho el Tribunal Supremo, los autores coinciden en que los tribunales federales han creado y continúan creando *Federal Common Law*<sup>778</sup>. Lo han hecho en asuntos como los derechos y deberes del Gobierno Federal, el Derecho internacional, conflictos entre Estados o en cuestiones relacionadas con el Derecho Marítimo. Pero también, en otras materias, en las que sencillamente existía un vacío en la Ley federal, que exigía su desarrollo<sup>779</sup>. Este es el caso de la materia relacionada con la disolución y fusión de sociedades.

En efecto, como vamos a ir exponiendo a lo largo de este capítulo, en algunas de las cuestiones que se plantean en esta materia los tribunales federales, ante la falta de respuesta de

---

<sup>774</sup>*Texas Industries Inc. v. Radcliff Materials Inc.*, 451 U.S. 630 (1981).

<sup>775</sup>Dice literalmente el Tribunal: «there is, of course, "no federal general common law." *Erie R. Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64, 78 (1938). Nevertheless, the Court has recognized the need and authority in some limited areas to formulate what has come to be known as "federal common law." See *United States v. Standard Oil Co.*, 332 U.S. 301, 308 (1947). These instances are "few and restricted," *Wheeldin v. Wheeler*, 373 U.S. 647, 651 (1963), and fall into essentially two categories: those in which a federal rule of decision is "necessary to protect uniquely federal interests," *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398, 426 and those in which Congress has given the courts the power to develop substantive law, *Wheeldin v. Wheeler*, *supra*, at 652». En esta misma resolución, y como ejemplo de este último supuesto, se cita la *Labor Management Relations Act*, que, según expresa el propio Tribunal Supremo, ha atribuido a los Tribunales Federales la facultad de desarrollar un *common law* que regule las relaciones entre empresarios y trabajadores.

<sup>776</sup>*O'Melveny & Myers v. Fdic.*, 512 U.S. 79 (1994).

<sup>777</sup>«... Such cases are, as we have said in the past, "few and restricted," *Wheeldin v. Wheeler*, 373 U.S. 647, 651 (1963), limited to situations where there is a "significant conflict between some federal policy or interest and the use of state law"».

<sup>778</sup>Véase Chemerinsky, Erwin, *Federal Jurisdiction*, cit., p. 381. También, Little, Laura, E., *Federal Courts*, cit., p. 448; y Davis, Wendy B., «De facto merger, Federal Common Law, and *Erie*: Constitutional Issues in Successor Liability», 2008 *Colum. Bus. L. Rev.* 529 (2008), p. 545.

<sup>779</sup>Véase Chemerinsky, Erwin, *Federal Jurisdiction*, cit., p. p. 381-382. En general sobre qué es el Derecho federal común, cuándo se crea por los Tribunales, en qué materias, con qué límites y cuál es su relación con el Derecho estatal, véase Chemerinsky, Erwin, *Federal Jurisdiction*, cit., p. p. 379- 418; Little, Laura, E., *Federal Courts*, cit., p. p. 439-465. También, Pfander, James E., *Principles of Federal Jurisdiction*, 2ª ed., 2011, p. p. 132-174; y Rosenberg, Ronald H., «The Ultimate Independence of the Federal Courts: Defying the Supreme Court in the Exercise of Federal Common Law Powers», 36 *Conn. L. Rev.* 425 (2014).

las normas federales, no han aplicado siempre el Derecho estatal y, con voces a favor y en contra, y aún sin llegar a crear propiamente un Derecho federal de sociedades, han alumbrado una serie de principios generales comunes, particularmente, a la hora de examinar cómo estos procesos afectan a la responsabilidades previas de las personas jurídicas. Para ello han partido de las disposiciones estatales, pero tratando de adaptar las mismas a las exigencias de la norma federal de que derivara, en cada caso, esta responsabilidad<sup>780</sup>.

## II.LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS SOCIEDADES DISUELTAS

### 1. Principios tradicionales del *Common Law*

Antes de la revolución americana, la *common law rule* vigente en Inglaterra era que todas las acciones a favor o en contra de las *corporations* se extinguían con su disolución. Esta regla se trasladó inicialmente a los Estados Unidos, donde los Tribunales la aceptaron y aplicaron, ante la falta de una regulación específica al respecto<sup>781</sup>. Una sociedad disuelta, en consecuencia, ni podía ser demandada civilmente ni, por supuesto, acusada penalmente<sup>782</sup>.

La vigencia, en el Derecho de los Estados Unidos, de esta *common law rule*, era reconocida expresamente por el Tribunal Supremo Federal, en la sentencia dictada en el año 1927, en *Oklahoma Natural Gas Corp. v. Oklahoma*<sup>783</sup>. En esta resolución se explicaba que, conforme a dicha norma, que se entendía bien asentada, cuando una *corporation* se disolvía ya no existía y los efectos de dicha disolución no podían ser distintos a los de la muerte de una persona física. Por tanto, producida la misma, debían culminar todos los procedimientos judiciales en los que apareciera como demandante o como demandada. Era posible, no obstante, y así se declaraba expresamente, que una norma legal dispusiera que la existencia de

---

<sup>780</sup>Véase al respecto, Davis, Wendy B., «De facto merger, Federal Common Law...», cit., p. p. 545-546. También, Fellmeth, Aaron, Xavier, «Cure Without a Disease: The Emerging Doctrine of Successor Liability in International Trade Regulation», 31 *The Yale Journal of International Law* 126 (2006), p. 142. En el mismo sentido, Brown, H. Lowell, «Successor Corporate Criminal Liability: The Emerging Federal Common Law», 49 *Ark. L. Rev.* 469 (1996), p. p. 470-471, que se refiere a este fenómeno como *emerging Federal Common Law*.

<sup>781</sup>Marcus, Phillips, «Suability of Dissolved Corporations. A Study in Interstate and Federal State Relationship», 58 *Harv. L. Rev.* 675 (1945), p. p. 677-678.

<sup>782</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 1, p. 118; Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit. § 5.04 (versión electrónica); también, Brown, H. Lowell, «Successor Corporate Criminal...», cit., p. 471.

El caso más antiguo en el que se planteó la cuestión sobre si se podía demandar a una sociedad disuelta parece ser el de *Bank of the United States v. McLaughlin*, 2 Fed. Cas. No. 928 (C. C. D. C. 1810). Véase, Marcus, Phillips, «Suability of Dissolved Corporations...», cit., p. 678, nota 13.

<sup>783</sup>*Oklahoma Natural Gas Corp. v. Oklahoma*, 273 U.S. (1927).



la persona jurídica se prolongara, a estos efectos, más allá de su disolución; una previsión legal que correspondía realizar, en su caso, a los distintos Estados<sup>784</sup>.

En el mismo sentido se pronunciaría el Alto Tribunal, años más tarde, en la sentencia dictada en *Defense Supplies Corp. v. Lawrence Warehouse Co*<sup>785</sup>; pero haciendo ya notar que la regla tradicional era muy controvertida, e insistiendo que lo único necesario para su no aplicación era la existencia de una norma legal que declarara que la entidad «continuaba viva» después de su disolución.

Para entonces, estas normas legales ya existían. En efecto, a medida que fue aumentando la importancia económica de las *corporations*, los distintos Estados, fundamentalmente durante la primera mitad del siglo XX<sup>786</sup>, fueron promulgando normas que prolongaban la existencia de aquéllas más allá de su disolución –*winding up statutes*– para que así pudiera tener lugar una liquidación ordenada de sus asuntos y relaciones pendientes, entre ellos, las acciones y procedimientos judiciales<sup>787</sup>. Con carácter general, estas normas preveían que la disolución de la sociedad no supondría, durante un plazo, normalmente de varios años, el fin de las *actions* y *suits* iniciados por ella o en su contra, respecto a aquellas obligaciones o responsabilidades en las que hubieran podido incurrir durante su existencia<sup>788</sup>. Precisamente fue el empleo, en estas normas, de estos precisos términos (*actions* y *suits*) vinculados al ámbito de la responsabilidad civil, y aun cuando no fueran acompañadas expresamente de este calificativo<sup>789</sup>, lo que condujo pronto a los Tribunales a preguntarse si también la exigencia de responsabilidad penal podía sobrevivir a la disolución de la sociedad.

---

<sup>784</sup>Declaraba el Tribunal: «it is well settled that at common law and in the federal jurisdiction a corporation which has been dissolved is as if it did not exist, and the result of the dissolution cannot be distinguished from the death of natural person in its effect (...).It follows, therefore, that as the death of the natural person abates all pending litigation to which such a person is a party, dissolution of a corporation at common law abates all litigation in which the corporation is appearing either as plaintiff or defendant. To allow actions to continue would be to continue the existence of the corporation pro hac vice. But corporations exist for specific purposes, and only by legislative act, so that if the life of the corporation is to continue even only for litigating purposes it is necessary that there should be some statutory authority for the prolongation. The matter is really not procedural or controlled by the rules of the court in which the litigation pends. It concerns the fundamental law of the corporation enacted by the state which brought the corporation into being».

<sup>785</sup>*Defense Supplies Corp. v. Lawrence Warehouse Co.*, 336 U.S. 921 (1949).

<sup>786</sup>Marcus, Phillips, «Suability of Dissolved Corporations...», cit., p. 683.

<sup>787</sup>Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability*, cit., vol. 1, p. 118.

<sup>788</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 1, p. p. 118-119; también, Marcus, Phillips, «Suability of Dissolved Corporations...», cit., p. 685. En este último artículo se contiene una lista de normas estatales, véanse notas 42 a 44.

<sup>789</sup>Marcus, Phillips, «Suability of Dissolved Corporations...», cit., p. 687.

Concretamente, cuando esta cuestión se planteó frente a acusaciones penales amparadas en normas federales, los Tribunales de esta jurisdicción, al interpretar el Derecho estatal en este punto, siguieron dos líneas distintas<sup>790</sup>.

Los Tribunales del Segundo y el Décimosegundo circuito siguieron una posición más conservadora y concluyeron que la disolución de una sociedad debía suponer la extinción de su responsabilidad penal<sup>791</sup>. Este fue el caso de la sentencia dictada en *United States v. Safeway Stores Inc.*<sup>792</sup>, en la que el Tribunal de apelación confirmó el pronunciamiento del Juez de primera instancia, que había concluido que dicha disolución debía implicar el archivo de las actuaciones<sup>793</sup>. A estos efectos, el órgano de segunda instancia entendió, en primer lugar, que debía analizar las distintas disposiciones estatales que resultaban aplicables al caso porque, como declaró expresamente, entendía que esta cuestión dependía de las leyes del Estado conforme al cual cada una de las entidades se había constituido.

Realizado este análisis, concluyó, en segundo lugar, que la disolución de la sociedad debía implicar el archivo de la causa penal porque, cuando las normas estatales examinadas preveían que la disolución no significaría el archivo de ninguna *action* o *suit* ejercida por ella o contra ella, se estaban refiriendo exclusivamente a las acciones de naturaleza civil, sin incluir las acciones penales; pues estos términos, *action* y *suit* y, especialmente, el primero, que era el más amplio, debían interpretarse de conformidad con sus acepciones más modernas que, entonces, lo ligaban exclusivamente al ámbito civil, bien distinto al penal, en el que el Gobierno no ejercía propiamente una acción contra el acusado en demanda de un derecho, como lo haría un demandante frente a un demandado en un pleito sobre la propiedad<sup>794</sup>.

---

<sup>790</sup>Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 1, p. p. 119-121.

<sup>791</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 1, p. 119.

<sup>792</sup>*United States v. Safeway Stores Inc.*, 140 F. 2d 834 (10th Cir. 1944).

<sup>793</sup>Fueron varias las entidades acusadas por la realización de prácticas prohibidas por la *Sherman Act*; dándose además la circunstancia de que habían sido constituidas en distintos Estados: Texas, California, Delaware y Nevada.

<sup>794</sup>El análisis que realiza el Tribunal en esta sentencia es detallado y los esfuerzos interpretativos realizados para alcanzar la conclusión final se comprenden si observamos la literalidad de alguna de las normas estatales examinadas, que utilizaban términos cuya amplitud parecía ciertamente apuntar en dirección contraria. Era el caso de la sección 399 del *Civil Code of California* de 1941, que decía lo siguiente: «Continuation of corporation after dissolution: A corporation which is dissolved by the expiration of its terms of existence, by forfeiture of existence by order of court, or otherwise, nevertheless shall continue to exist for the purpose of winding up its affairs, prosecuting and defending actions by or against it, and enabling it to collect and discharge obligations, dispose of and convey its property, and collect and divide its assets, but not for the purpose of continuing business except in so far as necessary for the winding up thereof. No action or proceeding to which a corporation is a party shall abate by the dissolution of such corporation or by reason of proceedings for dissolution and winding up thereof».

El tribunal, por otro lado, declaró que la conclusión debía ser la misma cuando la sociedad disuelta ya hubiera sido condenada y de lo que se tratara fuera de exigirle el pago de la multa impuesta. Tampoco ello sería posible tras la disolución<sup>795</sup>. Se rechazó así que la multa pudiera ser equiparada a cualquier otra deuda de la sociedad; insistiendo el tribunal en su condición de pena, de castigo por la infracción cometida que, como tal y como ocurría con las personas físicas, sólo podía exigirse mientras el infractor existiera.

La sentencia analizada no estuvo exenta de críticas. Algunos autores entendieron que la misma suponía una invitación a vulnerar la Ley, pues una entidad podía, por ejemplo, restringir la competencia y beneficiarse de ello, para después disolverse y eludir cualquier tipo de responsabilidad penal<sup>796</sup>.

Frente a la doctrina representada por el caso *United States v. Safeway Stores Inc.*, los Tribunales del Quinto y del Séptimo circuito siguieron una línea más proclive a la supervivencia de la responsabilidad penal tras la disolución de la sociedad<sup>797</sup>.

Así, en la sentencia dictada en el caso *Alamo Fence Company of Houston v. United States*<sup>798</sup>, el Tribunal de Apelación del Quinto Circuito analizó el siguiente supuesto de hecho: la entidad apelante, *Alamo Fence Company* y varios de sus directivos habían sido acusados de falsedad y conspiración para cometer falsedad. Veintiún días después de la formulación de la acusación, la compañía se disolvió voluntariamente de conformidad con las leyes del Estado de Texas. A continuación, las personas encargadas de su liquidación –*the trustees*– comparecieron ante el Tribunal solicitando el archivo de la causa con respecto a ella puesto que ya no existía y, por tanto, ya no estaba sometida a la jurisdicción del Tribunal. La cuestión se tramitó paralelamente a la causa principal y fue finalmente desestimada. La entidad fue declarada culpable de varios de los delitos por los que había sido acusada y condenada a abonar una multa de 500 dólares por cada uno de ellos.

---

<sup>795</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol.1, p. 120.

<sup>796</sup>Marcus, Phillips, «Suability of dissolved Corporations...», cit., p. 703, destacando como una de las sociedades acusadas había sido disuelta, apenas un mes antes de que se formulara la acusación contra ella.

<sup>797</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 1, p. 121.

<sup>798</sup>*Alamo Fence Company of Houston v. United States*, 240 F.2d. 179 (5th Cir.1957).

Pues bien, la compañía recurrió en apelación su condena, planteando exclusivamente en el recurso la cuestión sobre si su disolución voluntaria impedía el mantenimiento de la acusación penal contra ella.

El Tribunal de Apelación mostró su conformidad con la decisión del Juez de instancia, y concluyó<sup>799</sup> que si los Estados, a través de las normas aprobadas para regular los efectos de la disolución de las *corporations*, proclamaban que estas continuaran existiendo, en algunos aspectos, más allá de dicha disolución, entre estos debía incluirse necesariamente la posibilidad de soportar el ejercicio de acciones penales. De lo contrario, se estaría permitiendo a los Estados inmunizar a una *corporation*, en caso de disolución, frente al ejercicio de una acción penal amparada en una norma federal; algo que claramente excedía de su competencia<sup>800</sup>.

En *Alamo Fence Company of Houston v. United States*, por otro lado, se cita otra resolución que resulta interesante, la dictada en *United States v. Cigarette Merchandiser Ass'n*<sup>801</sup>. Esta alcanza la misma conclusión -también en un supuesto de disolución de una compañía después de haber sido acusada penalmente de prácticas prohibidas por la *Sherman Act*. Se basa, en primer lugar, en una interpretación literal de la norma del Estado de Nueva York que resultaba aplicable al caso (el artículo § 90 del *New York Stock Corporation Law*); entendiendo, tras relacionarla con otros textos legales, que los términos *actions* o *proceedings* en ella utilizados debían ser interpretados, como en *Alamo Fence Company of Houston*, de una manera amplia, para comprender todo tipo de acciones y procedimientos, entre ellos los de naturaleza penal, que, en consecuencia, no se extinguirían con la disolución de la sociedad.

Pero además añadía otros argumentos que pretendían ir más allá de la propia literalidad de la norma y de los términos en ella empleados.

---

<sup>799</sup>Parte el Tribunal a estos efectos de que las disposiciones que prolongaban la existencia de una entidad más allá de su disolución son en realidad *remedial statutes* (normas que proporcionan vías alternativas o medios para el ejercicio de derechos) que, como tales, deben ser interpretadas de una manera «liberal». Declara el Tribunal en este sentido: «...in *Eastman, Gardiner & Co. v. Warren*, 5 Cir., 109 F.2d 193, this Court stated that, "Statutes prolonging the existence of a dissolved corporation are remedial and should be given a liberal construction."».

<sup>800</sup>Declaraba el Tribunal: «in any event, we have no doubt that a state can no more continue the existence of one of its corporations and at the same time immunize it against federal criminal prosecution, than it could have created the corporation in the first instance with such immunity. We think, however, that the more reasonable construction of Article 1374 is that the Texas Legislature did not *undertake* to provide either for the abatement or for the survival of a federal criminal proceeding because that simply was not within its province».

<sup>801</sup>*United States v. Cigarette Merchandiser Ass'n*, 136 F.Supp. 214 (1955).

Así, por un lado, se sostiene que el propósito que se persigue con estas *winding up statutes* es permitir precisamente que durante un determinado período de tiempo, una sociedad disuelta pueda reclamar los derechos de los que es titular y responder de las deudas y obligaciones que le corresponden; y, si es así, también deben contemplar la posibilidad de que la Comunidad pueda exigirles la responsabilidad penal en la que hubiera podido incurrir antes de disolverse. Por tanto, a menos que la voluntad del legislador haya sido expresada de una manera clara e inequívoca, la posibilidad de exigir a una *corporation* la responsabilidad en la que hubiera podido incurrir durante su existencia no puede ser desplazada, dice el tribunal, por *dialectical definitions* que al final perjudiquen a esa comunidad<sup>802</sup>.

Por otro lado se declara, dado que la norma aplicable al caso era la *Sherman Act*, que si se alcanzara la conclusión contraria resultaría que, disuelta una *corporation*, debería archivar la acusación penal contra ella formulada cuando las acciones civiles, basadas en la misma norma, podrían sin embargo continuar hasta obtener una resolución definitiva.

## **2. *Melrose Distiller v. United States***

Con el dictado, en 1959, de la sentencia en el caso *Melrose Distiller v. United States*<sup>803</sup>, el Tribunal Supremo terció entre las dos líneas jurisprudenciales que hemos expuesto, inclinándose por la segunda de ellas, favorable a que la disolución de la sociedad no supusiera la extinción de su responsabilidad penal.

El supuesto de hecho analizado por el Tribunal Supremo, en esta sentencia, fue el siguiente: dos *corporations*, una constituida bajo la ley del Estado de Maryland y otra según las normas del Estado de Delaware, habían sido acusadas por realizar prácticas prohibidas por la *Sherman Act*. Poco después de que se formulara dicha acusación, ambas, subsidiarias de otra entidad matriz, titular íntegra de sus acciones, se habían disuelto de conformidad con las normas correspondientes y se habían convertido en divisiones de una nueva entidad, cuya titularidad

---

<sup>802</sup>«...the clear public policy of the state with respect to a dissolved or consolidated corporation is that it shall, for a determined period beyond its dissolution, be entitled to pursue its rights and also to remain suable for its debts and obligations, that the public purpose also contemplates the right of the community to vindicate any charge against the corporation for crimes it may have committed prior to dissolution. And unless the legislative purpose to abate a criminal prosecution is clear and unequivocal, the public policy of the state to hold a corporation liable for acts committed during its existence should not be defeated by dialectical definitions which serve to discriminate against the community at large».

<sup>803</sup>*Melrose Distiller v. United States*, 359 U.S. 271 (1959).

última coincidía con la de la entidad matriz. A continuación, como consecuencia de sus respectivas disoluciones, solicitaron ante el Tribunal el archivo de las actuaciones.

Esta petición fue desestimada por el Juez de primera instancia, y recurrida en apelación, fue confirmada por el Tribunal de segunda instancia. El Tribunal Supremo Federal, por su parte, desestimó el recurso interpuesto contra esta última resolución y confirmó su pronunciamiento, el cual continúa siendo el único precedente del Alto Tribunal sobre esta cuestión.

En esta sentencia, en primer lugar, el Tribunal Supremo continúa partiendo de la premisa tradicional de que en la Jurisdicción Federal la disolución de una sociedad, como la muerte de una persona física, debe conducir al archivo de las acusaciones penales contra ella formuladas, salvo, se añade inmediatamente, que una ley disponga lo contrario.

En segundo lugar, se concluye que esta ley, con esta previsión, existía en el caso de autos y estaba representada por las disposiciones estatales que resultaban aplicables al caso, que eran, dado el lugar de constitución de las entidades, las normas del Estado de Maryland y las del Estado de Delaware. Las primeras disponían, por un lado, que una vez que se había acordado la disolución de una *corporation*, esta continuaría existiendo para pagar, satisfacer o hacer frente a cualquier deuda u obligación existente; y por otro, que esta disolución no implicarían el archivo de cualquier demanda –*suit*– o procedimiento –*proceeding*– empezado por o en contra de la entidad. El uso del término *proceeding* era suficiente en este caso, según el Tribunal, para concluir que la entidad disuelta continuaba siendo una empresa a los efectos previstos en el artículo octavo de la *Sherman Act*, que era el aplicable al caso. Las disposiciones del Estado de Delaware preveían por su parte que, durante los tres años siguientes a la disolución de una sociedad, cualquier *proceeding* empezado por o en su contra continuaría; término que, también en este caso, debía incluir para el Tribunal Supremo todos los procedimientos, incluidos los penales.

En tercer lugar, para el Tribunal Supremo Federal, existían además otras razones de interés general que debían conducir a la misma conclusión. Después de su disolución, las sociedades recurrentes se habían convertido en divisiones de una nueva entidad, detrás de la cual estaba el mismo titular de la entidad matriz a la que previamente habían pertenecido. No había pues razón para que eludieran el cumplimiento de sus penas, de la misma manera que no hubieran podido eludir los daños derivados de una demanda civil. Una compañía, en definitiva,

no puede ir a prisión y solo puede cumplir sus responsabilidades penales o civiles pagando una determinada cantidad de dinero<sup>804</sup>.

La sentencia dictada en *Melrose Distiller v. United States* nos recuerda a la dictada en 1909 en *New York Central R. Co. v. United States*<sup>805</sup>, por su reducida extensión, a pesar de la importancia de la cuestión en ella planteada, y por lo evidente que al propio Tribunal le parecen los argumentos en ella empleados. Sobre la misma cabe realizar varias consideraciones.

La primera, que será el Derecho estatal el que determinará si la disolución de una sociedad implica o no la extinción de su responsabilidad penal, y ello aun cuando dicha responsabilidad pudiera derivar de un delito federal. En efecto, es el Derecho estatal el que interpreta el Tribunal Supremo para determinar qué efectos tuvo la disolución de las sociedades implicadas en este caso sobre las acusaciones penales contra ella formuladas, aun cuando dichas acusaciones estaban amparadas en una norma federal, la *Sherman Act*<sup>806</sup>. El contenido del Derecho estatal aplicable al caso le pareció al Tribunal tan evidente, y su apoyo a la solución que se pretendía alcanzar tan claro, que, por un lado, no entendió necesario «construir» ningún principio general que pudiera formar parte, en este campo, de lo que hemos denominado *Federal Common Law*; y por otro, no entendió necesario realizar un pronunciamiento sobre qué ocurriría si la disposición que permitiera acusar penalmente a una entidad después de su disolución, estuviera incluida no en una ley estatal, como fue el caso sino, exclusivamente, en una ley federal<sup>807</sup>.

---

<sup>804</sup>«...Petitioners were wholly owned subsidiaries of Schenley Industries, Inc. After dissolution they simply became divisions of a new corporation under the same ultimate ownership. In this situation there is no more reason for allowing them to escape criminal penalties than damages in civil suits. As the Court of Appeals noted, a corporation cannot be sent to jail. The discharge of its liabilities whether criminal or civil can be effected only by the payment of money».

<sup>805</sup>*New York Central R. Co. v. United States*, 212 U.S. 481 (1909).

<sup>806</sup>En este sentido, véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability*, cit., vol.1, p. 121. También, Brown, H. Lowell, «Successor Corporate Criminal...», cit., p. 476. También, la sentencia dictada en el caso *United States v. Mobile Materials Inc.*, 776 F.2d 1476 (1985). Sobre esta resolución volveremos más adelante, pero en ella, al comentar precisamente la sentencia dictada por el Tribunal Supremo Federal en *Melrose Distiller v. United States*, se insiste que el razonamiento del Tribunal pivota fundamentalmente en torno al Derecho estatal. Se dice al respecto: «in the Supreme Court's analysis of the statutes at issue in that case, the pivotal inquiry is whether a statute implies sufficient vitality to corporate life following dissolution to subject the corporation to criminal prosecution; that is, whether, under state law, corporate existence is continued for some purpose».

<sup>807</sup>Declara el Tribunal, en este sentido: «we start from the premise that in the federal domain prosecutions abate both on the death of an individual defendant (*List v. Pennsylvania*, 131 U.S. 396; *Schreiber v. Sharpless*, 110 U.S. 76) and on the dissolution of a corporate defendant (*Defense Supplies Corp. v. Lawrence Warehouse Co.*, 336 U.S. 631, 634), unless the action is saved by statute. We need not decide whether federal law alone would be sufficient to save a federal cause of action against a corporation dissolved under state law. We have here a situation where the interplay of federal and state law makes it clear that petitioners did not escape criminal responsibility under the *Sherman Act* by the kind of dissolution decreed under Maryland and Delaware law». En este sentido, véase también,

La segunda consideración estaría relacionada con la importancia que el Tribunal da, en el caso de autos, a la sospecha de que las disoluciones fueran fraudulentas y pretendieran, precisamente, eludir responsabilidades. En efecto, la mención de este argumento, aun cuando no está excesivamente desarrollado, plantea la cuestión de qué hubiera ocurrido si en las disoluciones en cuestión no hubiera existido ninguna señal o indicio de que con ella se pretende eludir una posible responsabilidad penal.

Gruner entiende que la sospecha de fraude estuvo muy presente en la decisión del Tribunal que, ante la posibilidad de que las sociedades recurrentes se hubieran disuelto para después «revivir» bajo una forma distinta que les permitiera eludir sus responsabilidades y continuar con su actividad, entendió que no había razón alguna para que las primeras no continuaran siendo penalmente responsables de sus actos, como seguían siéndolo civilmente<sup>808</sup>. Para este autor, esta sentencia es una muestra clara de que la principal justificación para poder continuar un proceso penal contra una sociedad disuelta es que sus titulares no puedan, a través de un mecanismo tan sencillo como la disolución, evitar el impacto económico de las posibles multas penales<sup>809</sup>.

En la misma línea, aunque con matices, se pronuncia Brickey<sup>810</sup>. Para esta autora, en el razonamiento que el Tribunal emplea en *Melrose Distiller* está implícita la idea de que si la disolución de una entidad supusiera la extinción de su responsabilidad penal se estarían favoreciendo disoluciones destinadas a eludir responsabilidades derivadas de la vulneración de normas federales.

En cualquier caso, no obstante lo expuesto, los Tribunales Federales, en sus decisiones posteriores a *Melrose Distiller*, no han exigido que la disolución se hubiera realizado de «mala fe», esto es, con esa intención concreta de eludir las responsabilidades penales<sup>811</sup>. Tampoco han distinguido a estos efectos que la acusación se hubiera formulado antes o después de la disolución<sup>812</sup>.

---

Lamb, Jared, «Prosecuting a Corporate Ghost: Federal Courts and Dissolved State Corporations», 27 *Crim. Just.* 39 (2012), p. 42.

<sup>808</sup>Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit. § 5.03 (versión electrónica).

<sup>809</sup>Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit. § 5.03 (versión electrónica).

<sup>810</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, vol. 1, cit., p. 123.

<sup>811</sup>Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit. § 5.03 (versión electrónica). También, Brown, H. Lowell, «Successor Corporate Criminal...», cit., p. p. 477-478

<sup>812</sup>Brown, H. Lowell, «Successor Corporate Criminal...», cit., p. p. 477-478, con una extensa citación de casos en los que la acusación penal se formuló después de que la entidad hubiera sido disuelta; también Brickey, Kathleen



### 3. El impacto de *Melrose Distiller v. United States*. La doctrina actual

Un buen ejemplo de cómo los Tribunales Federales han seguido la estela de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en *Melrose Distiller* es la sentencia dictada, casi treinta años después, por el Tribunal de apelación del Décimo Circuito en el caso *United States v. Mobile Materials, Inc.*<sup>813</sup>.

En *United States v. Mobile Materials, Inc.*, se planteó ante el Tribunal de apelación la posibilidad de que dos sociedades ya disueltas<sup>814</sup> -*Mobile Materials, Inc.* y *Mobile Materials Company*- pudieran ser acusadas de varias violaciones de la *Sherman Act*, del *Mail Fraud Statute* y del *Fraud and False Statements Statute*, cometidas antes de su disolución, y de las que, cuando esta se produjo, aún no habían sido formalmente acusadas.

El Juez de primera instancia había fallado a favor de las entidades disueltas, y ello al entender que, dado que la acusación había sido presentada después que se hubiera producido la disolución, la doctrina que debía aplicarse no era la fijada por el Tribunal Supremo en *Melrose Distillers v. United States*, sino la fijada por el Tribunal de Apelación en el caso *United States v. Safeway Stores Inc.*, contraria, como dijimos, a que pudiera exigirse responsabilidad penal en estos casos.

Pues bien, el Tribunal de Apelación, que había sido el mismo que había dictado sentencia en *United States v. Safeway Stores Inc.*, y modificando así su propia doctrina, revocó este pronunciamiento del Juez de instancia, y concluyó que sí era posible continuar el procedimiento penal contra las recurrentes, en línea con la doctrina establecida por el Tribunal Supremo Federal en *Melrose Distillers v. United States*.

Para ello esgrimió tres argumentos fundamentales. El primero, la literalidad del texto de la ley estatal aplicable al caso (sección 1.188 de la *Oklahoma Corporation Law*), al que entendía debía acudir en primer lugar, pues así lo había hecho el Tribunal Supremo en *Melrose Distiller*; texto que, al proclamar la continuación de la existencia de la sociedad disuelta, a los efectos, entre otros de «prosecuting and defending actions by or against it», permitía, como había exigido

---

F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol.1, p. 122, para quien esta conclusión excede precisamente de los límites fácticos del caso *Melrose Distiller*.

<sup>813</sup>*United States v. Mobile Materials Inc.*, 776 F.2d 1476 (10th Cir.1985).

<sup>814</sup>En este supuesto junto a la *corporation* propiamente dicha había sido también acusada una *partnership*, que se equiparó a la anterior a todos los efectos.

el Alto Tribunal, «declarar viva a una corporación disuelta a los efectos de ser acusada de un delito federal». El segundo, que no existían razones para no aplicar al caso analizado la doctrina del caso *Melrose Distiller* por el hecho de que, a diferencia de él, la disolución de las entidades acusadas se hubiera producido antes de que se formularse acusación, pues el Tribunal Supremo no había realizado distinciones a estos efectos, como no las hacían las normas estatales aplicables. Y el tercero, que el posible carácter fraudulento de las disoluciones acordadas en el caso *Melrose Distiller* no fue un argumento determinante en dicha resolución, y que por tanto, la inexistencia de cualquier indicio de fraude en el supuesto de autos ante él planteado no impedía sin embargo la aplicación de idénticos principios, pese a que, ciertamente, como alegaron las compañías recurrentes, su proceso de liquidación había estado supervisado por un juez y había terminado con la venta de todos sus bienes,

Tras estos argumentos, el Tribunal, como en su momento hizo el Tribunal Supremo en *Melrose Distiller*, añade sus propias *policy considerations*. La primera que, aunque la acusación se había formulado después que las compañías se hubieran disuelto, antes había existido una extensa investigación criminal en la que ambas entidades se habían visto implicadas y de la que eran conscientes, hasta el punto que, justo antes de la disolución, una de ellas había sido incluso citada, de manera que no podían afirmar que la acusación hubiera sido completamente imprevista. La segunda, que sería injusto permitir que el Derecho estatal pudiera disponer la continuación de la existencia de una entidad, tras su disolución «for some purposes», entre ellos el ejercicio de acciones civiles, y sin embargo la inmunizara frente a la exigencia de responsabilidad criminal.

Esta segunda consideración coincide con la expresada años atrás en la sentencia del caso *Alamo Fence Company of Houston v. United States*<sup>815</sup>. Mientras que la primera parece dejar entrever que, intencionadamente o no, la disolución puede ser una vía fácil para eludir las responsabilidades penales de los actos previos, y que ello es lo que justifica que la misma no suponga la extinción de las correspondientes acciones penales; en línea a su vez con las consideraciones que al respecto había realizado el Tribunal Supremo en *Melrose Distiller*<sup>816</sup>.

---

<sup>815</sup>*Alamo Fence Company of Houston v. United States*, 240 F.2d 179 (5th Cir.1957)

<sup>816</sup>En esta línea, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol.1, p. 123.

Pues bien la doctrina de *United States v. Mobile Materials, Inc.*, que es, en definitiva, como hemos dicho, la que el Tribunal Supremo Federal expone en *Melrose Distiller* continúa plenamente vigente en la actualidad<sup>817</sup>.

#### 4. Conclusiones

Las consideraciones expuestas hasta el momento permiten, en nuestra opinión, alcanzar las siguientes conclusiones:

1. La disolución de una *corporation* no implicará la extinción de su responsabilidad penal, si las normas del Estado conforme a las cuales se constituyó prevén expresamente la prolongación de su existencia más allá de dicho momento para hacer frente a las correspondientes acciones que pudieran ejercerse contra ella; y ello, como hemos dicho, independientemente de que dicha disolución puede considerarse o no fraudulenta o que al tiempo de la disolución ya se hubiera formulado o no acusación formal contra la misma; aunque sí deberá tenerse en cuenta si la legislación aplicable dispone un plazo para el ejercicio de acciones judiciales contra las entidades disueltas.

En este sentido, debe destacarse que será así aun cuando el texto de la norma de que se trate no prevea expresamente la naturaleza penal de las *actions* o *proceedings* que pueden ejercerse tras esa disolución, dada la interpretación amplia que de estos términos hizo el Tribunal Supremo en *Melrose*.

En cualquier caso, cabe indicar que, en la actualidad, las legislaciones sobre *corporations* de Estados, como Illinois o Kansas o el muy influyente *Corporate Code* del Estado de Delaware<sup>818</sup> sí prevén expresamente que la responsabilidad de naturaleza penal pueda exigirse a una entidad disuelta<sup>819</sup>.

---

<sup>817</sup>Véase al respecto, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit. § 5.03 (versión electrónica); también, Stephan, Spehl y Thomas, Gruetzner, *Corporate Internal Investigations: Overview of 13 Jurisdictions*, cit., § 1.03 (versión electrónica); Strader, Kelly J., *Understanding White Collar...*, cit., p. 18; Lamb, Jared, «Prosecuting a Corporate Ghost...», cit.

<sup>818</sup>Este Estado tiene una gran influencia en el desarrollo del Derecho societario. Por razones históricas y porque, en su momento, el propio Estado se lo propuso como estrategia para así impulsar su desarrollo económico, un gran número de sociedades tienen su sede en él. De hecho, aproximadamente, la mitad de las entidades que cotizan en la Bolsa de Nueva York han sido allí constituidas. Véase, Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. 2.

<sup>819</sup>Véase, entre otras, la disposición número 17-6807 del *Corporate Code* del Estado de Delaware.

Asimismo, en esta misma línea, resulta relevante destacar que el *Model Business Corporation Act*, auspiciado por la *American Bar Association*, que, como dijimos en su momento, ha ejercido gran influencia en más de la mitad de las legislaciones estatales, cuando regula los efectos de la disolución de las *corporations* dispone que no supondrá el archivo o la suspensión de los procedimientos pendientes a favor o en contra la misma en el momento de su disolución<sup>820</sup>; debiendo entenderse por «procedimientos», según sus disposiciones generales, los de naturaleza civil, penal y administrativa<sup>821</sup>.

2. Cuando la legislación estatal guarde silencio al respecto, la falta de precedentes jurisprudenciales claros sobre qué papel correspondería entonces al Derecho federal ha originado opiniones discrepantes. Algunos autores han defendido que en estos casos, debería aplicarse la regla tradicional del *Common Law* y, por tanto, no sería posible ejercer acciones penales contra la sociedad disuelta<sup>822</sup>. Otros, sin embargo, consideran que si la acción contra la sociedad disuelta es necesaria para proteger los intereses federales, sí sería posible su ejercicio aun cuando el Derecho estatal no previera esta posibilidad<sup>823</sup>.

En nuestra opinión, esta última opción es la más plausible. En la actualidad, dada la expansión que ha experimentado la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en gran medida debida al fenómeno de la federalización del Derecho Penal, resulta difícil imaginar que un Tribunal pudiera sostener que una entidad disuelta no es penalmente responsable por los delitos federales cometidos antes de dicha disolución, con base exclusivamente en el argumento de que la ley del Estado en el que se constituyó no prevé esta posibilidad.

### **III. MERGERS**

#### **1. La regla general. La doctrina de los Tribunales Federales**

En la actualidad, en la mayor parte de las jurisdicciones estatales, el *State Corporate Law*, además de prever, como hemos descrito en el apartado anterior, la subsistencia de la responsabilidad de la persona jurídica más allá de su disolución, establece que, en los casos de

---

<sup>820</sup>Chapter 14. Subchapter A, § 14.05:« Effect of Dissolution:...(b) Dissolution of a corporation does not:... (6) abate or suspend a proceeding pending by or against the corporation on the effective date of dissolution».

<sup>821</sup>Chapter 1. Subchapter D, Definitions §1.40. Act Definitions:...«(18) "Proceeding" includes civil suit and criminal, administrative, and investigatory action».

<sup>822</sup>En este sentido, Lamb, Jared, «Prosecuting a Corporate Ghost...», cit., p. 43.

<sup>823</sup>Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit. § 5.04 (versión electrónica).

*mergers*<sup>824</sup>, las entidades resultantes de estos procesos asumirán las obligaciones y responsabilidades de las entidades que se disuelvan como consecuencia de los mismos<sup>825</sup>. Ambas reglas se complementan y pretenden evitar que cualquiera de estos mecanismos societarios pueda utilizarse como medio para eludir responsabilidades, entre ellas, las penales<sup>826</sup>.

En la jurisdicción federal, por su parte, la jurisprudencia de los Tribunales ha experimentado una evolución de forma paralela a como lo ha hecho el Derecho estatal. Así, en un primer momento, se consagró que si una sociedad se disolvía como consecuencia de un proceso de fusión, ello no debía suponer la extinción de su responsabilidad por actos cometidos antes de dicho proceso, tampoco la de naturaleza penal, como no lo hubiera supuesto si la disolución se hubiera debido a otras causas.

---

<sup>824</sup>Sobre las características, formas y efectos de estos procesos de fusión en el Derecho estadounidense desde el punto de vista del Derecho societario, véase, Pinto, Arthur R. y Branson, Douglas M., *Understading Corporate Law*, cit., p. p. 149-154; Palmiter, Alan S., *Corporations*, cit., p. p. 715- 721; Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. p. 372-402; Hamilton, Robert W. y Freer, Richard D., *The Law of Corporations in a Nutshell*, cit., p. p. 388-394; Bainbridge, Stephen M., *Corporate Law*, cit., p. p. 341-344.

<sup>825</sup>Dice el *California Corporate Code*, parágrafo § 1107(a): «Upon merger pursuant to this chapter the separate existence of the disappearing corporations ceases and the surviving corporation shall succeed, without other transfer, to all the rights and property of each of the disappearing corporations and shall be subject to all the debts and liabilities of each in the same manner as if the surviving corporation had itself incurred them».

En el mismo sentido, el *Delaware Code*, en su sección 259, que lleva por rúbrica, *Status, Rights, Liabilities of Constituent and Surviving or Resulting Corporations following Mergers or Consolidation*, y que en su apartado a) *in fine* dispone: «(...)under the laws of this State, in any of such constituent corporations, shall not revert or be in any way impaired by reason of this chapter; but all rights of creditors and all liens upon any property of any of said constituent corporations shall be preserved unimpaired, and all debts, liabilities and duties of the respective constituent corporations shall thenceforth attach to said surviving or resulting corporation, and may be enforced against it to the same extent as if said debts, liabilities and duties had been incurred or contracted by it».

También, la *New York Business Corporation Act*, según la cual: «the surviving or consolidated corporation shall assume and be liable for all the liabilities, obligations and penalties of each of the constituent corporations. No liability or obligation due or to become due, claim or demand for any cause existing against any such constituent entity, or any shareholder, member, officer or director thereof, shall be released or impaired by such merger or consolidation. No action or proceeding, whether civil or criminal, then pending by or against any such constituent entity, or any shareholder, member, officer or director thereof, shall abate or be discontinued by such merger or consolidation, but may be enforced, prosecuted, settled or compromised as if such merger or consolidation had not occurred, or such surviving or consolidated corporation may be substituted in such action or special proceeding in place of any constituent entity».

<sup>826</sup>Sin perjuicio de que, a continuación, volvamos sobre ello, cabe destacar que, no obstante esta justificación común, las consecuencias de uno y otro supuesto son bien distintas. Cuando se exige responsabilidad penal a una entidad disuelta se le exige por actos cometidos en su seno y, en consecuencia, imputables a ella, aunque fueran cometidos antes de que se iniciara su proceso de extinción. Por el contrario, cuando esta responsabilidad se exige a una entidad nueva, resultante de un proceso de fusión, se trata de una responsabilidad imputable a entidades distintas, a aquellas disueltas como consecuencia del proceso. De manera que la posible responsabilidad de estas últimas –*dissapearing corporation*–, «se traslada» a la nueva entidad resultante de la fusión –*consolidated o surviving corporation*–, que la asume como propia.

Esta fue la solución adoptada, entre otras, en las sentencias dictadas en *United States v. Line Material Co.*<sup>827</sup>, *United States v. Vanadium Corporation*<sup>828</sup> o *United States v. Cigarette Merchandiser Ass'n*<sup>829</sup>.

En estos tres casos, las entidades implicadas, disueltas como consecuencia de un proceso de fusión, solicitaron el archivo de las actuaciones penales, precisamente porque habían sido disueltas. Esta petición sin embargo fue desestimada. Porque, independientemente de que tuviera su causa en un proceso de fusión, dicha disolución, de conformidad con las normas estatales aplicables a cada caso, no suponía la extinción de sus responsabilidades, entre ellas las de naturaleza penal.

Distinto fue el supuesto analizado en casos posteriores, como *United States v. Polizzi*<sup>830</sup> o *U.S. v. Shields Rubber Corp*<sup>831</sup>. En ellos, la acusación no se dirigió contra las entidades disueltas como consecuencia del proceso de fusión, sino contra la nueva entidad resultante de este proceso, pretendiendo así que asumiera como propia la responsabilidad de aquéllas.

En *United States v. Polizzi*, la entidad *New Emprise Corporation*, sociedad constituida en Nueva York, había sido condenada en primera instancia, junto a varias personas físicas, por conspirar para violar la sección 1952 de la *Interstate and Foreign Travel or Transportation in Aid of Racketeering Enterprises*<sup>832</sup>. Esta entidad era una nueva sociedad resultante de la fusión entre

---

<sup>827</sup>*United States v. Line Material Co.*, 202 F.2d 929 (6th Cir.1953).

<sup>828</sup>*United States v. Vanadium Corporation*, 230 F.2d 646 (10th Cir.1956).

<sup>829</sup>*United States v. Cigarette Merchandiser Ass'n*, 136 F.Supp. 214 (1955)

<sup>830</sup>*United States v. Polizzi*, 500 F.2d 856 (9th Cir.1974).

<sup>831</sup>*U.S. v. Shields Rubber Corp.*, 732 F.Supp. 569 (1989).

<sup>832</sup>Decía esta norma lo siguiente: «(a) Whoever travels in interstate or foreign commerce or uses the mail or any facility in interstate or foreign commerce, with intent to— (1) distribute the proceeds of any unlawful activity; or (2) commit any crime of violence to further any unlawful activity; or (3) otherwise promote, manage, establish, carry on, or facilitate the promotion, management, establishment, or carrying on, of any unlawful activity, and thereafter performs or attempts to perform- (A) an act described in paragraph (1) or (3) shall be fined under this title, imprisoned not more than 5 years, or both; or (B) an act described in paragraph (2) shall be fined under this title, imprisoned for not more than 20 years, or both, and if death results shall be imprisoned for any term of years or for life.

(b) As used in this section (i) “unlawful activity” means (1) any business enterprise involving gambling, liquor on which the Federal excise tax has not been paid, narcotics or controlled substances (as defined in section 102(6) of the Controlled Substances Act), or prostitution offenses in violation of the laws of the State in which they are committed or of the United States, (2) extortion, bribery, or arson in violation of the laws of the State in which committed or of the United States, or (3) any act which is indictable under subchapter II of chapter 53 of title 31, United States Code, or under section 1956 or 1957 of this title and (ii) the term “State” includes a State of the United States, the District of Columbia, and any commonwealth, territory, or possession of the United States.

(c) Investigations of violations under this section involving liquor shall be conducted under the supervision of the Attorney General.

la entidad *High Park Corporation* y la entidad *Old Emprise Corporation*. Era en el seno de esta última, la entidad *Old Emprise Corporation*, donde, en su día y antes de la fusión, se habían cometido los delitos. Precisamente por ello, *New Emprise Corporation*, la entidad resultante del proceso de fusión, que tuvo lugar ya incoado el proceso penal, recurrió su condena, alegando que no podía ser condenada por unas infracciones cometidas en otra entidad, que se había disuelto como consecuencia de la fusión.

Esta alegación fue desestimada. Para ello, el Tribunal de Apelación interpretó la norma del Estado de Nueva York que resultaba aplicable<sup>833</sup>, y entendió que, dado que dicha norma declaraba que la entidad resultante de un proceso de fusión asumiría todas las obligaciones de las entidades que en él participaran<sup>834</sup>, era posible perseguir penalmente a la *surviving corporation* por los delitos supuestamente cometidos por la entidad preexistente; rechazando asimismo las alegaciones realizadas por la entidad apelante, relativas a que la acusación hubiera debido dirigirse contra la sociedad disuelta y no contra esta última<sup>835</sup>.

En *U.S. v. Shields Rubber Corp*<sup>836</sup>, la entidad *Shield Rubber Corp.*, acusada de varios delitos relacionados con la vulneración de normas aduaneras, solicitó el archivo de varios de los cargos formulados contra ella porque los mismos estaban relacionados con otra entidad, también denominada *Shields Rubber Corp.* que, constituida según las leyes del Estado de Pensilvania, había dejado de existir al fusionarse con otras, dando lugar, precisamente, a la sociedad acusada. Además, según la recurrente, en el caso de autos no era posible exigir responsabilidad ni siquiera a la entidad disuelta, porque había transcurrido el plazo de dos años que para ello fijaban las leyes de Pensilvania.

---

(d) If the offense under this section involves an act described in paragraph (1) or (3) of subsection (a) and also involves a pre-retail medical product (as defined in section 670), the punishment for the offense shall be the same as the punishment for an offense under section 670 unless the punishment under subsection (a) is greater».

<sup>833</sup>El Tribunal entendió, frente a las alegaciones de la entidad condenada, que la cuestión debía ser resuelta acudiendo al Derecho estatal, porque el Derecho federal no respondía a la cuestión planteada y la aplicación del primero, en este caso el del Estado de Nueva York, parecía razonable y no contraria a los intereses federales

<sup>834</sup>«The surviving or consolidated corporation shall assume and be liable for all of the *liabilities, obligations and penalties* of each of the constituent corporations».

<sup>835</sup>Declara el Tribunal: «appellants cite numerous cases which hold that a constituent corporation or a dissolved corporation remains subject to criminal prosecution. None of these cases, however, holds that a surviving corporation (in the case of a merger or consolidation) may not be prosecuted. These cases therefore do not conflict with our holding. We adopt, as to the liability of New Emprise, the New York law as the federal law in this case. We leave to another day the question whether we would borrow applicable state law if that law were to purport to relieve both the constituent corporation and the surviving corporation of liability for crimes of the constituent corporation».

<sup>836</sup>*U.S. v. Shields Rubber Corp.*, 732 F.Supp. 569 (1989).

De nuevo esta alegación fue desestimada por el Tribunal de Apelación. Según este órgano, el argumento hubiera sido convincente si efectivamente la primera *Shields Rubber Corp.* se hubiera disuelto sin más. Pero lo que había ocurrido era que se había fusionado con otras entidades dando lugar a la nueva *Shields Rubber Corp.* que, como tal, y según el contenido de las normas estatales correspondientes, debía asumir todas las responsabilidades de las entidades en ella integradas, incluidas las penales.

También, en la sentencia dictada en *U.S. v. Alamo Bank of Texas*<sup>837</sup> se confirmó la responsabilidad penal de una entidad resultante de un proceso de fusión por hechos cometidos por una de las entidades fusionadas.

En este caso, la entidad *Alamo Bank of Texas* había sido condenada en primera instancia por varios delitos previstos en la *Bank Secrecy Act*, derivados de la omisión de comunicar a los organismos correspondientes determinadas transacciones. Estos delitos habían sido cometidos por los empleados – *officers*- de otra entidad bancaria, el *Central Nacional Bank*, que se había fusionado con ella y varios años antes de que dicha fusión hubiera tenido lugar.

*Alamo Bank of Texas* recurrió su condena y entendió que la misma vulneraba su derecho al proceso debido, consagrado tanto en la Constitución de los Estados Unidos como en la del Estado de Texas; que la ley federal en la que se preveían los delitos por los que había sido condenada no permitía imputarle responsabilidad penal en su condición de *successor bank*; y que, precisamente por ello, no constaba que ella hubiera actuado con el *criminal intent* exigido en la norma.

Estas alegaciones a pesar de su relevancia no obtuvieron respuesta en la sentencia dictada. Su análisis hubiera exigido, en nuestra opinión, pronunciarse sobre si una ley federal podía por sí misma amparar la responsabilidad penal de una *surviving corporation* por actos derivados de una *dissapearing corporation* y si esa responsabilidad penal era realmente de naturaleza objetiva y podía exigirse al margen de cualquier *culpable state of mind*. El Tribunal que desestimó el recurso y confirmó la condena, se amparó en argumentos más sencillos. Concretamente, y esta es una peculiaridad de este caso, se basó en un precepto incluido en una

---

<sup>837</sup>*U.S. v. Alamo Bank of Texas*, 880 F.2d 828 (5th Cir.1989).



norma federal, la *section 214 b)* de la *Federal Banking Statute*, que entendió aplicable al caso porque regulaba cuáles eran las consecuencias de una fusión entre un banco nacional y un banco estatal, que era la que había tenido lugar en el caso de autos. Según esta norma<sup>838</sup>, el *Central Nacional Bank –CNB-* realmente continuaba existiendo, pero como parte del *Alamo Bank of Texas*. Por tanto, dijo el Tribunal, «Alamo es CNB y es CNB, que ahora se llama Alamo, quien debe responder, incluso penalmente». En definitiva, no es que a la nueva entidad bancaria se le estuviera exigiendo responsabilidad penal por delitos cometidos por otra disuelta, sino que por las peculiaridades de la fusión que había tenido lugar, reguladas en la norma citada, la entidad disuelta, tras la fusión, no había desaparecido propiamente, sino que continuaba existiendo en la anterior. Siendo así, debía hacer frente a sus responsabilidades, entre ellas, las penales.

## **2. La posición de la Fiscalía y la doctrina. Las críticas del U.S. Chamber Institute for Legal Reform**

La doctrina establecida en los precedentes judiciales examinados en el apartado anterior, y en otros, como en la sentencia dictada en *United States v. Wilshire Oil Co. of Texas*<sup>839</sup>, todos ellos claramente favorables a que las sociedades resultantes de un proceso de fusión deben asumir la responsabilidad penal de las entidades que se disuelvan como consecuencia del mismo, continúa plenamente vigente en la actualidad.

Así lo entiende la propia Fiscalía Federal en la *Resource Guide to the US. Foreign Corrupt Practices Act* del año 2012.

Este texto, del que nos ocuparemos ampliamente en otro capítulo de este trabajo, expone cuáles son los criterios que tanto la Fiscalía como la SEC van a seguir a la hora de aplicar la *Foreign Corrupt Practice Act -FCPA-*. Esta es una norma federal aprobada en 1970, en la que se castiga como delito, entre otras conductas, el pago de sobornos a funcionarios extranjeros para obtener o conservar negocios en terceros países; y que en los últimos tiempos,

---

<sup>838</sup>El precepto, según la sentencia, decía lo siguiente: «(a) the franchise of a national banking association as a national banking association shall automatically terminate when its conversion into or its merger or consolidation with a State bank under a State charter is consummated and the resulting State bank shall be considered the same business and corporate entity as the national banking association, although as to rights, powers, and duties the resulting bank is a State bank. Any reference to such national banking association in any contract, will or document shall be considered a reference to the State bank if not inconsistent with the provisions of the contract, will, or document or applicable law».

<sup>839</sup>*United States v. Wilshire Oil Co. of Texas*, 427 F.2d 969 (10th Cir. 1970).

ha sido objeto de especial atención, con un aumento espectacular del número de persecuciones penales amparadas en ella.

Pues bien, en la *Resource Guide* sobre la *FCPA*, que publica y suscribe la propia Fiscalía Federal, se reserva un apartado a la persecución, en el contexto de las *mergers and acquisitions*, de los delitos previstos en la *FCPA*. En él se expone con claridad, con relación a ambas operaciones societarias, que es posible perseguir a las entidades resultantes de estos procesos por delitos cometidos por aquéllas que les precedieron. Porque, la *successor liability*, se afirma, es un componente esencial del Derecho de sociedades que, entre otras cosas, evita que las compañías eludan sus responsabilidades reorganizándose, y que se aplica ya sean estas responsabilidades civiles o penales. El texto, en apoyo de esta declaración, cita precisamente, los precedentes judiciales que hemos examinado en el apartado anterior<sup>840</sup>.

En definitiva, la Fiscalía no parece albergar duda alguna de que las sociedades resultantes de un proceso de fusión podrán ser penalmente responsables por los delitos cometidos por las entidades preexistentes, cuando estas infracciones estén contempladas, como es el caso, en una ley federal.

En este mismo sentido se pronuncia la doctrina.

Autores como Brickey<sup>841</sup>, Gruner<sup>842</sup>, o Lowell<sup>843</sup> reconocen también abiertamente esta posibilidad y consideran, como la Fiscalía, que la razón que justifica el «traspaso» de esta responsabilidad desde la entidad disuelta como consecuencia de la fusión, a la entidad resultante de la misma es, como en el caso de las sociedades disueltas, evitar que estas operaciones societarias se utilicen como medio para eludir dicha responsabilidad; aunque ello pueda implicar, como señala Lowell, que la *surviving corporation* sea penalmente responsable por delitos de los que no tenía conocimiento y cometidos por alguna de las *dissapearing corporation*, años antes de que culminara la fusión<sup>844</sup>. Esta última realidad, sin embargo, no es

---

<sup>840</sup>Véase la *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, cit., p. 28 y nota 184.

<sup>841</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 1, p. 125.

<sup>842</sup>Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 5.04 (versión electrónica).

<sup>843</sup>Brown, H. Lowell, «Successor Corporate Criminal...», cit., p. 481. En el mismo sentido, Lindsay, Carolyn, «More than You Bargained for: Successor Liability under the U.S. Foreign Corrupt Practices Act», 35 *Ohio N.U. L. Rev.* 959 (2009), p. 966; o Fellmeth, Aaron Xavier, «Cure Without a Disease: The Emerging Doctrine of Successor Liability...», cit., p. 137.

<sup>844</sup>Véase, Brown, H. Lowell, «Successor Corporate Criminal...», cit., p. 481.

un obstáculo insalvable. La práctica, como en otras ocasiones, se sitúa por encima de cualquier dificultad teórica.

En contra de que las entidades resultantes de un proceso de fusión tengan que asumir la responsabilidad penal de las entidades preexistentes, se han pronunciado, en un informe elaborado en el año 2010 para la *US Chamber Institute for Legal Reform*, autores como Andrew Weissmann y Alixandra Smith<sup>845</sup>.

Este informe, con el título *Restoring Balance, Proposed Amendments to the Foreign Corrupt Practices Act*, se refiere a la aplicación de la *FCPA*, pero se contienen una serie de consideraciones generales interesantes sobre los criterios de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; y, entre ellos, aquellos que pueden ampararse en la denominada *successor liability*.

En este documento, como ocurre en la *Resource Guide* sobre la *FCPA*, se tratan conjuntamente los procesos de fusión y los procesos de adquisición de empresas, y sus autores se muestran claramente contrarios, en ambos casos, a que la *surviving o acquirer corporation* pueda responder penalmente por los delitos cometidos por la entidad preexistente o adquirida. Esta posibilidad, según el informe, es «contraria a los fines del Derecho Penal, entre los que se incluye el castigo del comportamiento culpable y la prevención del delito»<sup>846</sup>. Una compañía, como una persona física, no debería ser responsable por los delitos cometidos por otra en cuya ejecución no ha participado. Según el informe, solo si la entidad resultante de estos procesos «hereda» los empleados de la anterior compañía y estos continúan con su actividad delictiva, la primera debería ser considerada responsable de estos delitos.

El informe, en apoyo de su posición, aun reconociendo la existencia de alguno de los precedentes judiciales que hemos examinado, concretamente la sentencia dictada en el caso *U.S. v. Alamo Bank of Texas* (que se refiere, como dijimos, a un supuesto de fusión) cita dos sentencias que, aunque no examina, se habrían pronunciado en contra de aplicar esta *successor*

---

<sup>845</sup>Véase, Weissmann, Andrew y Smith, Alixandra, *Restoring Balance. Proposed Amendments to the Foreign Corrupt Practices Act*, U.S Chamber Institute for Legal Reform, octubre 2010, p. p. 14-20. En el mismo sentido, Becker, Brian R., «Corporate Successor Criminal Liability: The Real Crime», *19 Am. J. Crim. L.* 435 (1992), p. p. 469-470.

<sup>846</sup>«antithetical to the goals of the criminal law, including punishing culpable conduct or deterring offending behavior»

*liability*. Son las sentencias dictadas en los casos *Rodríguez v. Banco Central*<sup>847</sup> y *R.C.M. Executive Gallery Corp. v. Rols Capital Co*<sup>848</sup>.

Ambas resoluciones merecen, sin embargo, desde nuestra perspectiva algún comentario. Ambas derivan del ejercicio de acciones civiles amparadas en la *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* –RICO–, en un contexto además, no de fusión de entidades, sino de adquisición por una entidad de los bienes de otra; pero, en cada una de ellas encontramos argumentos que merecen ser destacados y que podrían ser aplicables a la hora de exigir responsabilidad penal en los supuestos de fusión.

En *Rodríguez v. Banco Central*, varias personas, físicas y jurídicas, fueron demandadas después de vender unos terrenos en Florida que resultaron no reunir las condiciones prometidas en los contratos de venta. Entre las personas jurídicas demandadas estaba una entidad financiera, *Banco Central Corp.*, que, en su momento, había adquirido «los bienes y responsabilidades» –*assets and liabilities*– de la entidad que había financiado tales contratos.

Pues bien para el Tribunal, aunque, efectivamente, en alguna ocasión, como en *United States v. Shields Rubber Corp*, se había admitido que también la responsabilidad penal se «trasladase» a una *successor corporation*, este «traslado de responsabilidad» cuando se tratara, como era el caso, de la *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* –RICO–, sólo debería aplicarse en casos extremos, porque la responsabilidad en ella prevista solo se aplica a aquellos que conscientemente participen en la actividad ilícita de que se trate<sup>849</sup>. Esos casos extremos serían, para el Tribunal, según se infiere de la sentencia, aquellos en los que la adquirente hubiera tenido conocimiento de la actividad ilícita en cuestión. En efecto, el Tribunal valora expresamente que, en el caso de autos, tratándose de un supuesto de adquisición de una entidad bancaria en quiebra, la adquisición se había realizado, por causas no imputables la entidad adquirente, tan rápido que realmente esta última no había podido investigar adecuadamente las actividades de la adquirida. Esta falta de una *due diligence investigation* previa a la operación, por causas no imputables a la adquirente, es lo que diferenciaba este

---

<sup>847</sup>*Rodríguez v. Banco Central*, 777 F. Supp. 1043 (1991).

<sup>848</sup>*R.C.M. Executive Gallery Corp. v. Rols Capital Co.*, 901 F. Supp. 630, 635 (S.D.N.Y. 1995).

<sup>849</sup>Declara el Tribunal: «although we acknowledge that even criminal liability sometimes flows to a successor corporation, *United States v. Shields Rubber Corp.*, 732 F.Supp. 569 (W.D.Pa.1989), and that at least one reported case of RICO successor liability exists, *Continental Grain Co. v. Pullman Standard, Inc.*, 690 F.Supp. 628 (N.D.Ill.1988), we think such successor liability should be found only sparingly and in extreme cases due to the requirement that RICO liability only attaches to knowing affirmatively willing participants».

supuesto, según el Tribunal, de otros en los que, según se declaraba, «esa sucesión en la responsabilidad podía ser apropiada».

En definitiva, según esta sentencia, sólo si la entidad adquirente (o la resultante de una fusión, a la que, en nuestra opinión, sería igualmente aplicable el argumento) hubiera tenido conocimiento de la actividad ilícita desarrollada por aquella que adquiere podría ser responsable por los actos de esta. Siempre, claro está, que no los hubiera denunciado en su momento, porque si lo hubiera hecho, la entidad adquirida hubiera respondido convenientemente antes de la culminación de la adquisición.

Luego analizaremos si ese conocimiento es suficiente para justificar la imposición de responsabilidad penal a la nueva entidad o a la entidad adquirente, porque, en cualquier caso, esta no habría participado en modo alguno en la ejecución de los delitos cometidos antes de la fusión o la adquisición.

Distinta es la perspectiva de la segunda de las sentencias mencionadas en el informe de la *US Chamber Institute for Legal Reform*, la dictada en *R.C.M. Executive Gallery Corp. v. Rols Capital Co.* En ella, esta última entidad también había sido demandada en su condición de entidad adquirente, en este caso, por la concesión de unos préstamos a intereses usurarios.

Esta demanda fue finalmente archivada. Pero este archivo, según se deriva, a nuestro juicio, de la lectura de la sentencia, se basó en argumentos no estrictamente relacionados con el hecho de que *Rols Capital Co.* no debiera asumir las responsabilidades de la entidad cuyos bienes había adquirido. Al contrario, la sentencia parece afirmar claramente esta posibilidad, y ello a pesar de que la acción civil ejercida se ampara en la misma norma federal que en el caso anterior. Efectivamente, una de las alegaciones que la entidad demandada sostuvo en su recuso es que ella nada tenía que ver con los citados préstamos, que había sido concedidos por una entidad independiente y distinta, cuyos bienes ella, posteriormente, había adquirido. El Tribunal desestimó de plano este argumento y al hacerlo declaró que los casos de *successor liability* implicaban precisamente eso: la imposición de responsabilidad a una parte inocente, porque eran supuestos de responsabilidad vicarial, en los que su presupuesto era el comportamiento culpable de la persona por la que se respondía<sup>850</sup>.

---

<sup>850</sup>Declara el Tribunal: «the defendant argues that the theory of successor liability does not apply in this case because the defendant is a separate and distinct entity that had nothing to do with the loan at issue. This argument

¿Podría afirmarse que la responsabilidad penal de una entidad resultante de un proceso de fusión por los delitos cometidos por alguna o algunas de las entidades preexistentes es, como se afirma en esta resolución, una especie de responsabilidad vicarial?

Creemos que no. Aún cuando efectivamente en el Derecho Penal estadounidense existen supuestos en los que se admite este tipo de responsabilidad, conforme a la cual una persona es penalmente responsable por los actos de otra<sup>851</sup>, lo que caracteriza precisamente a estos supuestos de responsabilidad vicarial es la existencia, en el momento de los hechos, de una relación entre ese tercero y el autor del hecho y una cierta capacidad de control del primero sobre el segundo<sup>852</sup>. Estos presupuestos no estarían presentes en los supuestos de fusión de entidades, donde, antes de que esta tenga lugar, la entidad resultante de la misma ni tiene por qué tener ninguna relación con la entidad con la que se fusiona, ni, por supuesto, tiene el control sobre la misma. Porque si así fuera, por ejemplo en el caso de fusiones de entidades subsidiarias con su principal, la responsabilidad de esta última, de la entidad matriz, por los delitos cometidos por sus filiales, no nace del proceso de fusión, sino que es previa al mismo y se rige por criterios distintos, que serían los que con carácter general regulan cuándo una entidad matriz será penalmente responsables por los delitos cometidos por los directivos o empleados de sus filiales, y continuaría tras completarse la fusión.

---

reveals a complete misunderstanding of the very principle of successor liability, which is fundamentally a form of secondary, vicarious liability imposed upon an innocent party. As the court in *Wilkerson v. C.O. Porter Mach. Co.*, 237 N.J.Super. 282, 567 A.2d 598 (N.J.Super.Ct.Law Div.1989), explained, a plaintiff alleging successor liability "does not allege that the purchaser of the assets did, or failed to do, anything that contributed to his injury." 237 N.J.Super. at 300-01, 567 A.2d at 607-08. Instead, the court stated, a defendant's liability depends on the relationship between the defendant and the bankrupt. In every form of vicarious liability, the blameworthy behavior or status of the primarily liable person must be established as a prerequisite to recovery against the secondarily liable person...».

<sup>851</sup>Véase, Emanuel, Steven L., *Criminal Law*, cit., p. p. 34-36. Las formas más comunes de este tipo de responsabilidad vicarial son, como dijimos en su momento, la que, en determinados casos, se impone a un empleador por los actos de sus empleados o al propietario de un vehículo por hechos cometidos por aquellos a quienes les presta dicho vehículo.

<sup>852</sup>Véase, Emanuel, Steven L., *Criminal Law*, cit., p. p. 34-35.

#### IV. ACQUISITIONS

##### 1. Planteamiento general de la cuestión. La responsabilidad de las empresas en los casos de cesión de bienes

Las *corporations* pueden fusionarse entre sí, lo que les exigirá seguir el procedimiento establecido en la norma y supondrá la asunción de las obligaciones de las entidades preexistentes. Además, pueden elegir otra vía para «crecer», cual es sencillamente, adquirir otra entidad. Estas operaciones de «compraventa» no tienen por qué reflejarse en cambios en la estructura societaria de las entidades implicadas y afectan de distinta manera a las obligaciones de la entidad adquirida<sup>853</sup>.

Dijimos que eran dos las formas fundamentales a través de la cuales se podían llevar a cabo estas adquisiciones de empresas. Por medio de la que denominamos una *stock sale*», donde la sociedad adquirente compra sus títulos a los accionistas de la entidad que pretende adquirir; o a través de una *asset- sale- and liquidation*, donde una entidad decide vender a otra todos o la mayor parte de sus activos a cambio de un precio, que podrá consistir en dinero o en otra contraprestación. En este segundo caso, la entidad compradora no adquiere propiamente una entidad, sino sus activos. Estamos sencillamente ante una transmisión de la propiedad<sup>854</sup>.

En ambos supuestos, salvo que exista alguna previsión legal en contra derivada de la especial naturaleza de alguna obligación o responsabilidad concreta, la entidad adquirente no será responsable, con carácter general, de las que correspondan a la entidad adquirida o vendedora. Así lo ha venido estableciendo una doctrina consolidada atendiendo a principios del *Contract Law*, *Corporate Law* y *Equitable Jurisprudential Principles*<sup>855</sup>.

En el caso de una *stock sale*, porque si lo que se adquiere es la entidad a través de la compra de sus acciones, se producirá un cambio en «la propiedad» de la primera, pero ésta

---

<sup>853</sup>Respecto a cómo se articulan en el Derecho estadounidense de sociedades, uno y otro proceso, sus diferencias y qué ventajas puede reportar la elección de una y otra opción, véase, Fox, Eleanor M. y Fox, Byron E., *Corporate Acquisitions and Mergers* §, cit., § 2.02 (versión electrónica); Pinto, Arthur R. y Branson, Douglas M., *Understanding Corporate Law*, cit., p. 154; Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. p. 383- 404; Palmiter, Alan S., *Corporations*, cit., p. p. 721-725; Hamilton, Robert W. y Freer, Richard D., *The Law of Corporations in a Nutshell*, cit., p. p. 394-397; Bainbridge, Stephen M., *Corporate Law*, cit., p. p. 344-348.

<sup>854</sup>Fellmeth, Aaron Xavier, «Cure Without a Disease: The Emerging Doctrine of Successor Liability...», cit., p. 137.

<sup>855</sup>Blumberg P. I., Strasser K. A., Georgakopoulos N. L., Gouvin E. J. y Fowler J. W., *Blumberg on Corporate Groups*, cit., § 179.01.

continúa existiendo como tal, y con ella sus obligaciones, que permanecen intactas<sup>856</sup>. En el de una «*asset- sale- and liquidation*», porque estamos ante un cambio de propiedad en los bienes, que, como regla general, tampoco debe implicar que la entidad compradora asuma las obligaciones de la vendedora, que continúa respondiendo de las mismas<sup>857</sup>. Estamos ante dos entidades distintas y jurídicamente independientes.

Esta regla general sin embargo y, fundamentalmente, para evitar que esta fórmula se utilice como medio para defraudar los derechos de terceros, admite excepciones.

Existe efectivamente un cuerpo de doctrina jurisprudencial muy consolidado, en las jurisdicciones estatales y también en la federal, según el cual, la entidad compradora sí responderá por las obligaciones de la vendedora, en los siguientes supuestos<sup>858</sup>:

1. Cuando expresamente el contrato celebrado incluya la asunción de responsabilidad. En este caso, dado que la asunción de responsabilidad deriva de lo expresamente pactado, será importante que el pacto sea lo suficientemente claro. Debe tenerse en cuenta además que es posible la asunción expresa sólo de determinadas responsabilidades; y también que dicha asunción se puede derivar implícitamente de lo pactado o de la conducta de los contratantes<sup>859</sup>.

2. Cuando, a pesar de que formalmente la operación se articule como una cesión de bienes, realmente estemos ante una fusión –*de facto merger*-. En estos supuestos, estamos realmente ante una fusión por absorción, pero sin seguir para ello el procedimiento legalmente establecido<sup>860</sup>. Se justifica así que el régimen de responsabilidad sea el mismo<sup>861</sup>.

---

<sup>856</sup>Véase, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit. § 5.04 (versión electrónica).

<sup>857</sup>Véase, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit. § 5.04 (versión electrónica); Mathesont, John H., «Successor Liability», 96 *Minn. L. Rev.* 371 (2011), p. p 380-381; Lindsay, Carolyn, «More Than You Bargained For: Successor Liability Under ...», cit., p. 966; Fellmeth, Aaron, Xavier, «Cure Without a Disease: The Emerging Doctrine of Successor Liability...», cit., p. p 137-138; Kuney, George W., «Taxonomy and Evaluation of Successor Liability», 6 *Bus. L. Rev.* 9 (2007), p. 15; Smolen, Richard A., «Get the Lead Out: Innocent Successor Corporations Responsibility Under CERCLA. *United States v. General Battery Corp., Inc.*, 423 F.3d 294 (3d Cir. 2005)», 25 *Temp. J. Sci. Tech. & Envtl. L.* 137 (2006), p. 142; Cupp, Richard L. Jr., «Redesigning Successor Liability», 1999 *U. Ill. L. Rev.* 845 (1999), p. 847; Brown, H. Lowell, «Successor Corporate Criminal...», cit., p. 482.

<sup>858</sup>Blumberg P. I., Strasser K. A., Georgakopoulos N. L., Gouvin E. J. y Fowler J. W., *Blumberg on Corporate Groups*, cit., §179.02; Mathesont, John H., «Successor...», cit., p. 383; Lindsay, Carolyn, «More Than You Bargained For: Successor Liability Under ...», cit., p. 966; Fellmeth, Aaron, Xavier, «Cure Without a Disease: The Emerging Doctrine of Successor Liability...», cit., p. p. 139-141; Smolen, Richard A., «Get the Lead Out: Innocent: Successor Corporations Responsibility Under...», cit., p. 142; Brown, H. Lowell, «Successor Corporate Criminal...», cit., p. p. 483-484.

<sup>859</sup>Véase, Mathesont, John H., «Successor...», cit., p. p. 385-387; también, Brown, H. Lowell, «Successor Corporate Criminal...», cit., p. p. 484-486.

<sup>860</sup>Brown, H. Lowell, «Successor Corporate Criminal...», cit., p. 487.



Cuatro son los factores que de ordinario suelen valorar los Tribunales para concluir si estamos ante una fusión *de facto*: a) la existencia de una continuidad en la actividad de la entidad vendedora, reflejada en la continuidad de sus directivos, de su personal, de su localización o de sus operaciones; b) la existencia asimismo de una continuidad en sus accionistas de manera que estos hayan recibido a cambio de los bienes de la entidad, acciones de la entidad compradora, siendo pues parte esencial del acuerdo; c) el cese en su actividad de la entidad vendedora, y su disolución y liquidación tan pronto como le haya sido posible; o d) la asunción efectiva, por parte de la entidad compradora, de aquellas obligaciones de la vendedora necesarias para la continuación ininterrumpida de las actividades ordinarias<sup>862</sup>.

3. Cuando la operación puede calificarse de fraudulenta, porque se pretenda, a través de ella, eludir el cumplimiento de ciertas obligaciones. Son los casos de fraude. En ellos, la única finalidad para articular la operación de compra a través de una cesión global del patrimonio es eludir precisamente el cumplimiento de dichas obligaciones. Este supuesto existirá, por ejemplo, si la entidad adquirente se constituye exclusivamente a estos efectos<sup>863</sup>.

4. Cuando la sociedad compradora sea un mera continuación de la vendedora. La responsabilidad de la entidad vendedora «se trasladará» también a la entidad compradora si la operación de compra implica una *substantial continuity* entre la compañía que vende y la que adquiere los bienes, que continúa ejerciendo la actividad de la primera, aunque bajo otro nombre<sup>864</sup>. Así ocurrirá cuando la *successor company* tenga los mismos titulares que su predecesora y ejerza la actividad a través de la misma dirección. La permanencia de ambos será la clave a estos efectos<sup>865</sup>. Este último caso es similar a una fusión *de facto* pero, frente a

---

<sup>861</sup>Sobre la posible aplicación de esta doctrina cuando lo que se pretende es ejercitar los derechos que corresponderían a los accionistas en un proceso de fusión, véase, Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. 418-420.

<sup>862</sup>En este sentido véase la sentencia dictada por el Tribunal Supremo del Estado de Pensilvania en marzo del año 2012, en el caso *Fizzano Brothers Concrete Products v. XLN Inc.*; también, y resumiendo la jurisprudencia existente al respecto, Smolen, Richard A., «Get the Lead Out: Innocent: Successor Corporations Responsibility Under...», cit., p. p. 142-143; y, Mathesont, John H., «Successor...», cit., p. p. 387-390, que explica los matices y el carácter más o menos estricto con el que algunos Tribunales han aplicado estos requisitos.

<sup>863</sup>Véase, Mathesont, John H., «Successor...», cit., p. 384.

<sup>864</sup>Sobre qué circunstancias han tenido en cuenta los Tribunales a estos efectos, véase, Brown, H. Lowell, «Successor Corporate Criminal...», cit., p. p. 490-496; también, Mathesont, John H., «Successor...», cit., p. p. 391-394.

<sup>865</sup>Blumberg P. I., Strasser K. A., Georgakopoulos N. L., Gouvin E. J. y Fowler J. W., *Blumberg on Corporate Groups*, cit., §179.03

ella, no exige esa continuidad en la titularidad, derivada de la entrega de títulos, que sí exige la primera<sup>866</sup>.

La doctrina, que ha desarrollado estos cuatro supuestos en los que, en supuestos de cesión de bienes, la entidad compradora responderá de las obligaciones de la vendedora, fue elaborada inicialmente por los Tribunales estatales al interpretar su propio *Corporate Law*, para después ser asumida por los Tribunales Federales, que han importado y aplicado sus principios a la hora de concluir cuándo, en estos casos de cesión de bienes, las responsabilidades amparadas en una ley federal pueden ser exigibles a la entidad adquirente<sup>867</sup>. La misma, lógicamente, por otro lado, se aplicará no sólo ante reclamaciones amparadas en obligaciones de naturaleza estrictamente civil, sean de naturaleza contractual o extracontractual<sup>868</sup>, sino también ante otro de tipo de responsabilidades de naturaleza administrativa o laboral.

Así, especialmente intenso ha sido el debate sobre la aplicación de esta *successor liability*<sup>869</sup> en la exigencia de las responsabilidades medioambientales, previstas en la *Comprehensive Environmental, Response, Compensation and Liability Act* – CERCLA-, o las de naturaleza laboral reguladas en la *National Labor Relations Act*<sup>870</sup>; un debate muy ligado, por otro lado, en el caso de la primera norma, a la relaciones entre el Derecho estatal y federal, y a la cuestión sobre si aplicando esta doctrina los Tribunales federales se están excediendo de sus competencias y creando un auténtico *Federal Common Law*<sup>871</sup>.

---

<sup>866</sup>Véase, Smolen, Richard A., «Get the Lead Out: Innocent: Successor Corporations Responsibility Under...», cit., p. 144. También Brown, H. Lowell, «Successor Corporate Criminal...», cit., p. 487.

<sup>867</sup>Véase, Fellmeth, Aaron Xavier, «Cure Without a Disease: The Emerging Doctrine of Successor Liability...», cit. p.p. 141-142.

<sup>868</sup>Sobre la aplicación de estas excepciones en los casos, por ejemplo, de responsabilidad por productos defectuosos, véase, entre otros muchos, Cupp, Richard L. Jr. y Frost, Christopher L., «Successor Liability for Defective Products: A Redesign Ongoing», 72 *Brook. L. Rev.* 1173 (2007); Kuney, George W., «Jerry Phillips' Product Line Continuity and Successor Liability: Where are we twenty years later?», 72 *Tenn. L. Rev.* 777 (2005). Algún autor destaca que la explosión de este tipo de responsabilidad, a partir de los años 70, supuso un impulso muy importante a la consolidación de esta doctrina. Véase, Mathesont, John H., «Successor...», cit., p. 384.

<sup>869</sup>Esta expresión es utilizada en dos sentidos. Para algunos autores, incluye todos los supuestos en los que una entidad responde de las obligaciones de otra como consecuencia de cualquiera de las operaciones societarias que hemos descrito en este capítulo; independientemente de que estemos ante una fusión o ante cualquier tipo de adquisición. Otros, sin embargo, incluyen en ella sólo los supuestos en los que la entidad compradora de los bienes de otra debe responder por las obligaciones de esta última. En la jurisprudencia se puede observar también la utilización de la expresión con uno u otro alcance.

<sup>870</sup>Fellmeth, Aaron Xavier, «Cure without a Disease: The Emerging Doctrine of Successor Liability...», cit. p.142.

<sup>871</sup>Véase, Smolen, Richard A., «Successor Corporations Responsibility Under CERCLA...», cit., con una interesante cita de precedentes judiciales en este asunto; también, Carter, Michael, «Successor Liability under CERCLA: It's Time to Fully Embrace State Law», 156 *U. Pa. L. Rev.* 767 (2008). Asimismo, véase, Blumberg P. I., Strasser K. A., Georgakopoulos N. L., Gouvin E. J. y Fowler J. W., *Blumberg on Corporate Groups*, cit., §179.09, y § 179.09 a 179.14, en los que se contiene una exposición de la aplicación de esta doctrina en otros campos, tales

## 2. La responsabilidad penal en los supuestos de adquisiciones de empresas

Vamos a exponer a continuación, si el régimen que acabamos de explicar, y que regula qué ocurre con las obligaciones de las entidades en los casos de adquisiciones de empresas, puede ser trasladado al ámbito de la responsabilidad penal.

1. Comenzando por el primero de supuestos analizados, esto es, el de una entidad que adquiere otra a través de la compra de sus acciones, es claro que en este caso, como ocurrirá con el resto de sus responsabilidades, la posible responsabilidad penal de la entidad adquirida por actos cometidos antes de su adquisición permanecerá intacta; porque esta adquisición sólo se habrá traducido en un cambio en la titularidad de su capital<sup>872</sup>.

Lógicamente la exigencia de responsabilidad penal a la entidad adquirida afectará a la adquirente que, como nueva «dueña» soportará, en definitiva, las consecuencias económicas que pudieran derivarse; pero ello no significa que responda penalmente por sus actos. Como decía el Tribunal del Quinto Circuito, en la sentencia dictada en *United States v. Rodger*<sup>873</sup>, citando la norma del Estado de Luisiana que resultaba aplicable al caso y ante la alegación de la compañía recurrente de que el cambio en la titularidad de la compañía excluía su responsabilidad penal por los actos previos al mismo, «una corporación es una entidad, creada por el Derecho, compuesta por individuos que se agrupan bajo una denominación común y que se suceden unos a otros; de manera que la entidad es siempre la misma, aunque cambien los individuos que la componen y aunque para ciertos propósitos se la considere como una persona física»<sup>874</sup>.

Cuestión distinta sería que, una vez culminado el proceso de adquisición, la actividad delictiva continuara perpetrándose. En este caso, la entidad adquirente respondería penalmente por los hechos cometidos tras la adquisición, pero su responsabilidad sería propia y derivada de

---

como el Derecho laboral, el fiscal o el del concurso de acreedores. También en el ámbito de los *torts*, donde la misma se ha aplicado fundamentalmente en la responsabilidad por productos defectuosos.

<sup>872</sup>Véase, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit. § 5.04 (versión electrónica).

<sup>873</sup>*United States v. Rodger*, 624 F.2d 1303 (5th Cir.1980).

<sup>874</sup> «a corporation is an intellectual body; created by law, composed of individuals united under a common name, the members of which succeed each other, so that the body continues always the same, notwithstanding the change of individuals which [sic] compose it, and which for certain purposes, is considered as a natural person».

su condición de entidad matriz; siempre que, efectivamente, como consecuencia de la adquisición, pasase a controlar la entidad adquirida<sup>875</sup>.

2. Si lo que ha ocurrido no es propiamente la adquisición de una entidad por otra, sino la adquisición de sus activos, esta operación de compra tampoco debe suponer que la entidad compradora responda penalmente por los delitos cometidos por la vendedora, cuya posible responsabilidad penal también, en este caso, permanecerá intacta<sup>876</sup>.

Ahora bien, la cuestión que se plantea, a continuación, de forma inmediata, es si es posible que la entidad compradora responda penalmente por los delitos cometidos por la vendedora, si la operación de compra encaja en algunas de esos supuestos excepcionales analizados en el apartado anterior, en los que, la entidad compradora sí responde de las obligaciones de la entidad cuyos bienes adquiere.

Los autores se han pronunciado al respecto de manera no siempre coincidente.

Lowell, aunque el trabajo en el que se ocupa de esta cuestión, y también de la responsabilidad penal en los casos de *merger* y *consolidation*, lleva por título, precisamente «*Successor Corporate Criminal Liability: The Emerging Federal Common Law*», cuando analiza concretamente los supuestos de adquisición de activos<sup>877</sup>, no es excesivamente tajante sobre qué ocurre con la responsabilidad penal en estos casos. De hecho comienza su análisis advirtiendo que esta es un área incierta, donde el Derecho Penal aún no está suficientemente desarrollado y donde hemos de partir pues de los principios del Derecho Civil<sup>878</sup>. Tampoco en las conclusiones de su análisis<sup>879</sup>, cuando ya ha expuesto precisamente cuáles son esos principios desarrollados por el Derecho Civil, afirma tajantemente su aplicación al Derecho Penal. Sí hace referencia a que los Tribunales Federales los han acogido y que están comenzando a elaborar a partir de ellos lo que él denomina ese *Emerging Federal Common Law*, pero continúa sin afirmar que esta acogida se haya traducido en que la empresa adquirente deba responder penalmente de los delitos cometidos por la empresa titular de los activos adquiridos, como sí lo haría por obligaciones de otra naturaleza.

---

<sup>875</sup>Véase la parte de este trabajo dedicada a la responsabilidad de las compañías matrices por los delitos cometidos por sus filiales.

<sup>876</sup>En este sentido, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit. § 5.04 (versión electrónica).

<sup>877</sup>Brown, H. Lowell, «Successor Corporate Criminal...», cit., p. 482-499.

<sup>878</sup>Brown, H. Lowell, «Successor Corporate Criminal...», cit., p. 482.

<sup>879</sup>Brown, H. Lowell, «Successor Corporate Criminal...», cit., p. 499.

Gruner, por su parte, no parece tener especiales dificultades en concluir que si concurre uno de los supuestos excepcionales en los que, en caso de cesión de bienes, puede exigirse esa *successor liability*<sup>880</sup>, esta incluirá también la responsabilidad de naturaleza penal.

Brickey, por su parte, le dedica en su tratado a esta cuestión apenas un párrafo<sup>881</sup>, y lo hace para preguntarse precisamente que ocurriría con la responsabilidad penal de una sociedad, que no ha sido formalmente disuelta, ni se ha fusionado con otra, pero que, sin embargo, ha sido despojada de todos sus bienes. Y para dar respuesta a esta cuestión cita una sentencia dictada por un Tribunal estatal, concretamente por el *Pennsylvania Superior Court* en el caso *Com. v. Lavelle*<sup>882</sup>, en la que merece la pena detenerse.

En ella, se confirma la condena en primera instancia de la compañía *Lavco Inc.*, por varias vulneraciones de la *Corrupt Organizations Statute* del Estado; una condena que se había basado en su condición de *successor corporation* de otra entidad, *Wm. A. Lavelle & Son Co.*, que era la que había cometido los delitos, y que, posteriormente, le había transmitido sus bienes. Para el Tribunal, en primer lugar, no existía duda, a la vista de las circunstancias concurrentes, de que la operación de traspaso de bienes de una entidad a otra había sido en realidad una fusión de *facto*. Si lo que había existido era una fusión de *facto*, la normativa que resultaba procedente aplicar para regular los efectos de la operación eran precisamente los de la fusión; y para las fusiones, la *Business Corporation Law* del Estado disponía que la entidad resultante de este proceso respondería por los hechos cometidos antes de la misma por las entidades preexistentes, debiendo incluirse a estos efectos la responsabilidad penal<sup>883</sup>. Debía pues la entidad recurrente responder penalmente por los delitos cometidos por la entidad que había adquirido, o con la que *de facto* se había fusionado. Pero además, en cualquier caso, la responsabilidad penal de la recurrente hubiera tenido para el Tribunal Superior de Pensilvania otra justificación, cual era que la operación entre ella y su predecesora había sido fraudulenta, y en realidad no había perseguido sino eludir las responsabilidades penales en las que ésta última había incurrido.

---

<sup>880</sup>Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 5.04 (versión electrónica).

<sup>881</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 1, p. p. 126- 126.

<sup>882</sup>*Com. v. Lavelle*, 382 Pa. Super. 356 (1989) 555 A. 2d 218.

<sup>883</sup>Así interpreta el Tribunal el empleo, en la norma correspondiente, de los términos *actions*, *proceedings* y *penalties*.

La sentencia contiene además otros dos razonamientos que nos gustaría destacar. El primero, que con este pronunciamiento no se trata de establecer una regla general concerniente a la *corporate successor liability of criminal acts of a predecessor corporation*, pues eso será, según el Tribunal, un cuestión que habrá que dilucidar en cada caso<sup>884</sup>. El segundo, que, para el Tribunal, los principios a seguir para resolver la cuestión sobre si una *de facto successor corporation* puede ser penalmente responsable por los actos de su *predecessor corporation* han de ser los establecidos en el Derecho de daños, que resultan aplicables al supuesto de autos, según dicho órgano porque, como dijo el Tribunal Supremo en *Melrose Distiller*, el cumplimiento de las responsabilidades, sean civiles o penales, solo puede tener lugar, en el caso de estas entidades, mediante el pago de dinero<sup>885</sup>.

No existen pronunciamientos de los Tribunales Federales que aborden, con carácter general, la cuestión sobre cuándo una persona jurídica que adquiere los activos de otra deberá responder de los delitos cometidos por la vendedora y particularmente, si ello será así cuando concurra alguno de los supuestos en los que, de acuerdo con la doctrina de la *successor liability*, sí deba hacer frente a sus obligaciones y responsabilidades en otros ámbitos<sup>886</sup>. Pero, como ha señalado algún autor<sup>887</sup> (para los delitos comprendidos en la *FCPA* pero igualmente aplicables a las infracciones incluidas en otras normas federales) la consolidación de esta última doctrina anuncia su salto al Derecho Penal. Para ello, por otro lado, y como es propio del Derecho Penal de los Estados Unidos, los Tribunales, en nuestra opinión, no encontrarán especiales dificultades, puesto que, como estos han declarado en alguna de las resoluciones que hemos

---

<sup>884</sup>Declara el Tribunal: «it has to be emphasized, however, that our holding here is not a pronouncement of a general rule concerning corporate successor liability or criminal acts of a predecessor corporation for, as our former colleague and eminent President Judge Edmund B. Spaeth, Jr., noted in *Martin v. Johns-Manville Corp. supra*, "[t]he issue of sufficient degree of identity is one that must be resolved on a case-by-case basis." *Id.* 322 Pa.Super. at 372 n. 22, 469 A.2d at 667 n. 22».

<sup>885</sup>Dice el Tribunal: «The precise issue presented by the appeal of Lavco, Inc., namely, whether a *de facto* successor corporation can be held criminally liable for the acts of its predecessor in interest, is one of first impression in this Commonwealth. However, the issue of the liability of a successor corporation for compensatory and punitive damages resulting from the conduct of its predecessor has been previously addressed by our appellate courts. Thus, we rely for guidance upon established principles of tort law, believing that reference to principles developed in the civil law is appropriate under the circumstances of this case since "a corporation cannot be sent to jail. The discharge of its liabilities whether criminal or civil can be effected only by the payment of money." *Melrose Distillers, Inc. v. United States*, 359 U.S. 271, 274, 79 S.Ct. 763, 766, 3 L.Ed.2d 800 (1959).

<sup>886</sup>En el apartado anterior, expusimos las consecuencias que podrían extraerse, a estos efectos, de las dos sentencias mencionadas en el informe del año 2010 del la *US Chamber Institute for Legal Reform*, dictadas en los casos *Rodríguez v. Banco Central y R.C.M. Executive Gallery Corp. v. Rols Capital Co.* y en las que se analizaban la posibilidad de ejercitar una acción civil amparada en la *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* contra dos entidades que habían adquirido los activos de aquellas implicadas en la actividad ilícita de la que derivaba dicha acción.

<sup>887</sup>Grimm, Daniel J., «The Foreign Corrupt Practices Act in Merger and Acquisition Transactions: Successor Liability and Its Consequences», 7 *N.Y.U. J. L. & Bus.* 247 (2010), p. 292.

examinado, al final de lo que se trata es que se haga frente a las responsabilidades pecuniarias, deriven de un ilícito civil o penal.

De hecho, en el concreto marco de las infracciones penales previstas en la *FCPA* ese salto es ya una realidad o, al menos, lo es para la Fiscalía Federal. Así lo expone claramente en la *Resource Guide* de esta norma, en el apartado que encabeza con la rúbrica «*successor liability*», donde sin distinguir entre los casos de fusiones y adquisiciones, o entre los distintos tipos de ésta, consagra claramente, como dijimos con anterioridad, la posibilidad de que tanto las entidades resultantes de una fusión, como las adquirentes de otras puedan ser penalmente responsables de los delitos cometidos por las entidades preexistentes o adquiridas; sin distinguir en este último caso, si se adquieren los títulos o los activos y sin citar, como sí hace con las fusiones, ningún precedente judicial que apoye esta afirmación general.

En el capítulo que dedicaremos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas por las infracciones penales contempladas en esta norma volveremos sobre esta cuestión, aunque ya adelantamos, que no obstante esa declaración general, la propia Fiscalía reconoce que sólo excepcionalmente ha dirigido acusaciones penales contra las *successor companies*. Concretamente declara haberlo hecho en casos de infracciones muy graves donde o habían participado directamente en dichas infracciones o no habían impedido su continuación después de la adquisición<sup>888</sup>.

Cabe destacar en este punto que uno de los aspectos que, entre otros muchos, se critica en el informe del 2010 sobre la *FCPA* de la *Chamber Institute for Legal Reform* es la aplicación que ya en ese momento, y antes por tanto de la publicación de la *Resource Guide*, la Fiscalía venía haciendo de la *successor liability*, haciendo al respecto las consideraciones que expusimos en el apartado dedicado a la fusiones.

## V. CONCLUSIONES

Varias son las consideraciones que nos sugiere la exposición del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en los supuestos de disoluciones, fusiones y adquisiciones.

---

<sup>888</sup>Véase la *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, cit., p. 28.

Comenzado por las disoluciones, estas constituyen, desde nuestra perspectiva, el supuesto menos problemático.

La disolución de una persona jurídica, voluntaria o involuntaria, no implica su desaparición inmediata de la realidad, como ocurre con la muerte de una persona física, sino la apertura de un proceso de liquidación en el que, conservando aún su personalidad jurídica, ha de abonar todas sus deudas y repartir el sobrante entre sus socios<sup>889</sup>. Si ello es así, y la extinción de la sociedad no se produce hasta un momento posterior a su disolución, no vemos obstáculo para concluir, como lo han hecho los Tribunales Federales, que su posible responsabilidad penal no debe extinguirse con dicha disolución y que, por tanto, podrá serle exigida durante el proceso de liquidación. Esta responsabilidad será precisamente una de de las cuestiones que habrá que «liquidar».

La discusión que al respecto mantuvieron inicialmente los Tribunales Federales estuvo motivada, fundamentalmente, por la ausencia de una regulación general a nivel federal, que exigió en consecuencia una interpretación de las normas estatales. Una interpretación que estuvo, a su vez, condicionada, por un lado, por la regla tradicional del *common law* favorable a que la disolución de la sociedades debía ser equiparada a la muerte de una persona física; y por otro, por la ausencia en tales normas de una mención expresa a la responsabilidad penal, entre aquellas que que podían serle exigidas a las *corporations* tras su disolución.

Ambos obstáculos sin embargo fueron superados, imponiéndose la regla general, según la cual la responsabilidad penal no se extinguía con su disolución; regla general que recibió el beneplácito del Tribunal Supremo Federal en la sentencia dictada en *Melrose Distiller v. United States*<sup>890</sup>. La aplicación de esta regla, por otro lado, creemos que debe ser independiente del hecho de que la disolución sea o no de alguna manera fraudulenta, en el sentido de que se persiga con ella eludir posibles responsabilidades. Porque, la razón que, desde nuestra perspectiva, la explica es el hecho de que, tras la disolución, la entidad, aunque en vías de extinción, continúa existiendo, y por tanto no existe razón alguna para afirmar que, frente al resto de sus responsabilidades, las de naturaleza penal no pueden exigirse durante dicho período; al margen de las mayores dificultades prácticas que para ello pueden existir.

---

<sup>889</sup>Broseta Pont, Manuel y Martínez Sanz, Fernando, *Manual de Derecho...*, cit., p. 493.

<sup>890</sup>*Melrose Distiller v. United States*, 359 U.S. 271 (1959).



En este sentido, compartimos íntegramente la solución adoptada por los Tribunales Federales de los Estados Unidos que no contemplan como presupuesto para exigir responsabilidad penal a una persona jurídica que dicha disolución haya sido fraudulenta.

Por último, cabe indicar que las consideraciones que hemos expuesto resultan igualmente aplicables cuando lo que se pretenda, una vez disuelta la entidad, sea la ejecución de una pena que ya le hubiera sido impuesta o, en su caso, de la posible responsabilidad civil derivada del delito. Una y otra, de naturaleza pecuniaria deberán ser satisfechas durante el proceso de liquidación. Particularmente respecto a las penas, si la persona jurídica disuelta continúa existiendo hasta su extinción definitiva, no vemos motivo alguno para que no deba hacer frente a dicha pena.

De hecho, desde la perspectiva estadounidense, creemos que la finalidad fundamental que se persigue con la afirmación de que la disolución de una entidad no implica la extinción de su responsabilidad penal, es precisamente que dichas entidades hagan frente a las sanciones pecuniarias derivadas de su conducta ilícita. Este sería otro argumento que reforzaría la idea de que esta regla debe aplicarse cualquiera que sea la razón por la que se proceda a la disolución.

Un juicio más crítico nos merece la jurisprudencia de los Tribunales Federales sobre el «traslado» de responsabilidad penal por los delitos cometidos antes de una fusión, desde la *disappearing corporations* hacia las *surviving corporations*.

La justificación que para ello aportan tanto estos órganos judiciales como la doctrina, es evitar que estas operaciones societarias sean utilizadas como medio para eludir responsabilidad, entendiéndose, en definitiva, que no debe recibir un trato «más benigno» que el que se reserva en dichos procesos a las responsabilidades de otra naturaleza, particularmente las civiles. De nuevo, de lo que se trata, en realidad, es que se haga frente a las sanciones pecuniarias que correspondan. Porque, como decía el Tribunal Supremo Federal en *Melrose Distiller*, tratándose de una persona jurídica «nadie va a ir a la cárcel».

Es evidente que esta explicación, amparada en razones puramente prácticas, no justifica que a una persona jurídica se le imputen delitos en cuya ejecución no ha participado. No estaríamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva, que sí tiene cabida en el ordenamiento penal de los Estados Unidos, y donde una persona responde por un hecho que ha cometido, aún

cuando en ella no concurra el *state of mind* exigido por el delito, sino ante un supuesto en el que la persona responsable, en este caso, una persona jurídica, ni siquiera ha cometido el hecho. En este sentido, no resulta descabellado plantearse, como analizamos al examinar la resolución dictada en *R.C.M. Executive Gallery Corp. v. Rols Capital Co*<sup>891</sup>, que estemos realmente ante un supuesto de responsabilidad vicarial. Aunque esta afirmación choca con la doctrina establecida al respecto que, como dijimos entonces, justifica estos supuestos de responsabilidad vicarial en la existencia de una relación previa entre la persona que comete el delito y aquél que responde por él y la existencia de una capacidad de control del primero sobre el segundo.

Precisamente por lo expuesto, tampoco creemos que podamos fundamentar la responsabilidad penal de las *surviving corporations* en el hecho de que dicha entidad, durante la *due diligence investigation* previa a la fusión, no haya detectado la posible comisión de infracciones penales en el seno de las entidades que se fusionan o que habiéndola detectado no las haya denunciado a las autoridades, o de alguna manera haya ocultado su existencia<sup>892</sup>; criterios que, por otro lado, parece manejar la Fiscalía en la *Resource Guide* de la *FCPA* para imputar los delitos allí previstos a las *successor corporations* en caso de fusiones de empresas y también de simples adquisiciones. En efecto, al margen de que la entidad resultante de la fusión pudiera responder penalmente por algún delito de obstrucción a la justicia si llevara a cabo alguna de estas actuaciones durante la investigación previa a la operación, hacerle responder por ello de los delitos cometidos por la entidad preexistente supondría, en cualquier caso, exigirle responsabilidad por un hecho cometido por otra. Concretamente, según el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas imperante en la jurisdicción federal, le estaríamos imputando a la entidad resultante del proceso de fusión la responsabilidad por los hechos cometidos por aquellos directivos o empleados de las sociedades disueltas como consecuencia de la fusión, sobre los que, lógicamente, antes de dicha fusión, ni podía ejercer ninguna capacidad de control, ni podía beneficiarse en modo alguno, quebrando así los fundamentos para la aplicación de la doctrina del *respondeat superior*.

---

<sup>891</sup>*R.C.M. Executive Gallery Corp. v. Rols Capital Co.*, 901 F. Supp. 630 (S.D.N.Y. 1995).

<sup>892</sup>Los procesos de fusión, como también los de adquisición de empresas, vienen precedidos de una investigación exhaustiva de las entidades implicadas para evaluar su estado y que se conoce con la expresión *due diligence*. Lógicamente el resultado de esta investigación va a condicionar el contenido del acuerdo final, e incluso, cuando ponga de manifiesto riesgos inasumibles o no garantizables en modo alguno, puede impedir finalmente dicho acuerdo. Al respecto véase, Álvarez Arjona, José y Carrasco, Perera Ángel (Directores), *Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, 1ª ed., 2004, p. p. 145-199.

Más clara aún puede resultar la quiebra de los principios de esta doctrina, si la responsabilidad penal se exige a una entidad que ha adquirido otra y por hechos cometidos por esta última. Cuando dicha adquisición se materializa a través de la compra de acciones, es claro que no existe justificación alguna para ese «traspaso» de responsabilidad desde la entidad adquirida a la adquirente, sencillamente porque la primera continúa existiendo como entidad jurídica independiente, aunque haya cambiado de dueño. De la misma manera, tampoco cuando esta adquisición se materialice a través de la compra de activos, debería imputarse a la entidad adquirente ninguna responsabilidad penal por hechos cometidos por la entidad vendedora, que son completamente ajenos a cualquier ámbito de riesgo creado por la misma. La responsabilidad por estos hechos deberá serle exigida a la entidad vendedora que continúa también existiendo, y que por tanto deberá ser responsable de sus propios actos.

Sí resulta evidente que si esta última, la entidad vendedora, ha vendido todo o la mayor parte de sus activos, la posibilidad de que pueda hacer frente a dichas responsabilidades, particularmente a las posibles sanciones pecuniarias que pudieran serle impuestas, será muy limitada.

Esta idea, que es la que ha impulsado la consolidación de las *successor liability* en otros campos ajenos al Derecho Penal, será la que finalmente, en nuestra opinión, inclinará definitivamente la jurisprudencia de los Tribunales Federales a favor de admitir que cuando una empresa adquiera todos o la mayor parte de los activos de otra, responderá penalmente por los delitos cometidos por la entidad vendedora antes de dicha adquisición, independientemente de que se trate de delitos en cuya comisión no haya participado. Porque si ello no es un obstáculo en los procesos de fusión, tampoco lo será en los de adquisición. De hecho, y volviendo de nuevo a la *Resource Guide* sobre la *FCPA*, así lo entiende y aplica ya la Fiscalía Federal, al menos respecto a las infracciones penales contenidas en esta norma federal.

Particularmente fácil entendemos que será la extensión de esta regla de la *successor liability* a la responsabilidad penal en los casos de adquisiciones de empresas, cuando dichas adquisiciones suponga fusiones *de facto*, admitido como está que las entidades resultantes de un proceso de fusión responderán penalmente por los delitos de las sociedades preexistentes o en los supuestos en los que exista una continuidad entre la entidad compradora y vendedora.

Es más, con respecto a estos últimos supuestos, en los que la adquisición de activos se traduce en lo que hemos llamado una *substantial continuity*, esto es, en una auténtica sucesión de empresas, donde la entidad adquirente sucede a la vendedora en el ejercicio de su actividad, utilizando para ello su mismo personal, sus mismas instalaciones, y en general, su misma estructura organizativa, podría afirmarse que, realmente, no estamos ante un supuesto *successor liability*. La entidad vendedora continúa existiendo como tal, aunque lo haga «bajo un nuevo nombre», el de la entidad compradora de sus activos. Por tanto cuando exigimos a esta última la responsabilidad penal que pudiera derivar de actos previos a la operación de compra, le estamos exigiendo una responsabilidad por actos propios.

Esta idea nos recuerda a los razonamientos utilizados por el Tribunal de apelación en *U.S. v. Alamo Bank of Texas*<sup>893</sup> que, analizando un proceso de fusión entre dos entidades bancarias, exponía una concepción similar, según la cual, la fusión no había implicado propiamente la desaparición de las entidades resultantes de dicho proceso, sino su continuación en la nueva entidad, que por ello había de responder de los delitos cometidos.

En conclusión, en este campo concreto de la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas en el contexto de las *M&A*, impera, en nuestra opinión, en el ordenamiento penal de los Estados Unidos, la misma política del «palo y la zanahoria», que reina a la hora de exigir responsabilidad penal a la personas jurídica en cualquier otro contexto.

La explicación de esta conclusión sería la siguiente: la Fiscalía se siente libre de formular acusación frente a las entidades resultantes de un proceso de fusión o frente a una entidad adquirente, por los delitos cometidos antes de la fusión, o la adquisición por, respectivamente, las entidades preexistentes o adquiridas. Ninguna dificultad teórica o dogmática encuentra al respecto. Además el número escaso de acusaciones penales que llegan a juicio supone que las restricciones que a su actuación imponen los Tribunales Federales son muy limitadas; unos Tribunales por los demás, como hemos reiterado, proclives a equiparar las responsabilidad penales a las civiles.

---

<sup>893</sup>*U.S. v. Alamo Bank of Texas*, 880 F.2d 828 (1989).

Pero precisamente porque sobre estas operaciones societarias penderá esta amenaza, es fácil imaginar que los esfuerzos que las entidades implicadas desarrollarán durante las *due diligence investigations* a la hora de evaluar la posible existencia de riesgos penales serán intensos. Esto supondrá que la probabilidad de que efectivamente se descubran conductas ilícitas se multiplica, y que una vez descubiertas, el interés en denunciarlas y colaborar con las autoridades será extremo. De esta manera se facilita que las entidades implicadas en cualquiera de estos procesos de fusión o adquisición respondan penalmente por los delitos que hayan cometido, antes del cierre definitivo de estas operaciones, y que por tanto, en definitiva, los supuestos en los que las *surviving o acquirer corporations* deban responder por delitos cometidos por las entidades preexistentes o adquiridas quede reducido al mínimo, y especialmente, a los supuestos en los que participó en su comisión, por lo que su responsabilidad sería propia; o en los que, tras la fusión o adquisición, conociendo su existencia, no puso fin a la actividad ilícita<sup>894</sup>.

La praxis y la eficacia como ejes del sistema<sup>895</sup>.

---

<sup>894</sup>En este sentido, véase la *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, cit., p. p. 28-29.

<sup>895</sup>El legislador español también ha previsto que en los casos de transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica su responsabilidad penal se traslade a la entidad resultante. Dicen al respecto los dos últimos párrafos del artículo 130 del CP: «2. La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella. No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos».

## CAPÍTULO OCTAVO. MÁS ALLÁ DEL MODELO DE RESPONSABILIDAD VICARIAL. OTROS ELEMENTOS CLAVES DEL SISTEMA ESTADOUNIDENSE DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

### I. INTRODUCCIÓN

El modelo de imputación vigente para las personas jurídicas en la jurisdicción federal es el basado en la doctrina del *respondeat superior*. Conforme a él, serán penalmente responsable por los delitos cometidos por sus empleados o agentes siempre que estos se cometan en el ámbito de sus competencias y con la intención de beneficiar a la entidad; y ello aun cuando esta última hubiera implementado algún tipo de programa de cumplimiento destinado a prevenir y detectar la comisión de infracciones penales en su seno.

De esta forma, en ocasiones, puede ser más fácil, conseguir, respecto a una empresa, una condena penal que una civil y, particularmente, una condena civil con la imposición de daños punitivos<sup>896</sup>. En efecto, el Tribunal Supremo Federal, para los supuestos en los que doctrina del *respondeat superior* se aplica en el ámbito civil, por un lado, ha limitado la imposición de indemnizaciones por daños punitivos a los casos en los que el empleado actúa *in a managerial capacity*<sup>897</sup>; y por otro, ha admitido, como *affirmative defense*, que se hubiera ejercido por la entidad, la diligencia debida para evitar la conducta ilícita<sup>898</sup>.

Ninguno de estos dos factores, sin embargo, es valorado a la hora de imputar un hecho delictivo a la persona jurídica. Particularmente no lo es el segundo de ellos. El modelo de imputación vigente en la Jurisdicción Federal descansa en un modelo de responsabilidad por el hecho de otro, donde lo que existe es una transferencia de responsabilidad desde el representante o empleado de la persona jurídica que comete el delito, a esta misma; que es culpable del hecho porque lo es aquél. Esta transferencia no implica la extinción de la responsabilidad del propio directivo o empleado; como tampoco, y a la inversa, la condena penal de la persona jurídica exigirá la de la persona física, pues será posible la condena de una de estas entidades sin que a su vez se condene a la persona física en cuestión, contra la que ni siquiera se tendrá que haber formulado acusación. De hecho, porque esta es la idea esencial que subyace en el modelo, uno de los problemas fundamentales que se plantean es cómo

---

<sup>896</sup>Schwartz, Irwin, «Toward improving the Law and Policy...», cit., p. 101.

<sup>897</sup>*Kolstad v. American Dental Association*, 527 U.S. 526 (1999); Schwartz, Irwin, «Toward improving the Law and Policy of ...», cit., p.101.

<sup>898</sup>Schwartz, Irwin, «Toward improving the Law and Policy of...», cit., p. p. 101-102.

trasladar el *state of mind* exigido por el delito de la persona física a la jurídica; problema no siempre abordado con iguales resultados. La doctrina del *collective knowledge* es un buen ejemplo.

Pero el modelo o sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en los Estados Unidos no termina aquí. La doctrina del *respondeat superior* es una pieza importante pero no es la única que lo define.

Por un lado, no obstante la vigencia de dicha doctrina, el modelo no es ni mucho menos ajeno a cuál haya sido el comportamiento de la propia persona jurídica. La culpabilidad de la organización aparece como elemento a valorar a la hora de individualizar la pena, convirtiéndose así en la medida de la sanción. Así lo disponen las *sentencing guidelines* para organizaciones, donde esta culpabilidad se graduará en función de factores como la colaboración con las autoridades o el hecho de que la entidad se hubiera dotado o no de algún programa de cumplimiento o *compliance program*. Estos últimos permitirán una rebaja muy considerable de la pena, y la regulación, en las *guidelines*, de los requisitos que han de cumplir con este fin, les ha otorgado un protagonismo innegable.

Por otro lado, la vigencia del principio de oportunidad discrecional, que deja en manos de la Fiscalía la decisión de perseguir o no penalmente a las personas jurídicas, ha convertido a los Fiscales y a los criterios que los mismos valoran para tomar esta decisión en un elemento fundamental del sistema. El examen de tales criterios pondrá de manifiesto que también en esta fase previa al juicio oral, cuál haya sido el comportamiento de la organización, al margen de la persona física que cometió el hecho, adquiere el máximo protagonismo y con él, como en el caso de las *guidelines*, elementos como que la entidad haya colaborado con las autoridades desarrollando su propia investigación interna sobre lo ocurrido o cuál haya sido funcionamiento de sus programas de cumplimiento. Sobre uno y otro girará fundamentalmente la decisión de la Fiscalía de formular o no acusación penal, con las graves consecuencias que ello puede generar para la empresa.

Asimismo, el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es ajeno a una realidad que impregna todo el sistema procesal penal, cual es el escasísimo número de asuntos que llegan a juicio porque, en la gran mayoría de ellos, se alcanza entre la Fiscalía y el acusado un acuerdo que evita su celebración. Es más, en este ámbito de la responsabilidad

penal de las personas jurídicas, se ha desarrollado un tipo especial de acuerdo: Los *Deferred Prosecution Agreement*.

A la explicación detallada de todos estos elementos, dedicaremos este capítulo. Porque sin afrontar su estudio, no es posible, en nuestra opinión, comprender el funcionamiento del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas en los Estados Unidos.

## **II. LAS SENTENCING GUIDELINES**

### **1. ¿Qué son las *Sentencing Guidelines*?**

#### **1.1. Su génesis**

En el sistema penal de los Estados Unidos, una vez que una persona, física o jurídica, ha sido declarada culpable de un determinado delito, sea tras la celebración del juicio oral, sea tras alcanzar un determinado acuerdo con la Fiscalía, se inicia una nueva fase del proceso penal destinada a individualizar la pena, que se desarrolla de manera independiente y ante una autoridad judicial diferente –*sentencing judge*–.

De un sistema de «sentencias indeterminadas» –*indeterminate sentences*–, donde el legislador solía establecer una pena máxima para cada delito, y a veces una pena mínima, lo que era mucho menos frecuente, y en el que el Juez, dentro de dichos márgenes, tenía una amplísima discrecionalidad para individualizar el castigo en cada caso, se ha ido evolucionado hacia un sistema de «sentencias determinadas» –*determinate sentences*– donde esa discrecionalidad de la autoridad judicial, muy discutida en su momento, ha sido progresivamente limitada.

Efectivamente, a principios de los años setenta del siglo pasado comienzan a oírse fuertes críticas contra las consecuencias del régimen de sentencias indeterminadas<sup>899</sup>. Por un lado, se denuncia la enorme disparidad en la duración de las penas, derivada en ocasiones de prejuicios sociales y raciales; y por otro, se constata el escaso éxito de los programas de

---

<sup>899</sup>En 1974, se publica un artículo de Robert Martinson titulado «What works? Questions and Answers about Prison Reform», que alcanzaría gran difusión y que, tras evaluar los resultados de distintos programas de rehabilitación, concluye que ninguno había funcionado pues, con muy pocas excepciones, la mayoría de estos programas no habían tenido un efecto positivo, especialmente, en la evitación de la reincidencia. Esta conclusión dio lugar a que se acuñara, por aquellos que denunciaban el fracaso del sistema, la conocida expresión «nothing works».



rehabilitación y el estado lamentable de muchos centros penitenciarios<sup>900</sup>. En esta línea, comienza a rechazarse la idea de que la rehabilitación, cuya búsqueda subyacía en la defensa del régimen vigente, hubiera de ser el fin primordial de las penas o, al menos, que para conseguirla estas últimas hubieran de individualizarse de la forma prevista hasta ese momento, comenzando a ganar fuerza las ideas que defendían una concepción más retributiva de la pena. Esta debía ser una respuesta proporcionada al delito cometido, a su gravedad y al daño por él causado. Es la doctrina del «*just desert*»<sup>901</sup>.

Este nuevo modelo<sup>902</sup> se reflejará pronto en la defensa, a lo largo de todo el país, de una serie de propuestas legislativas, que se muestran claramente contrarias a mantener el sistema de sentencias indeterminadas y a una excesiva discrecionalidad judicial en el *sentencing*; pero también a los poderes de los *Parole Boards*<sup>903</sup>; al uso del *probation* en casos de delitos graves; y a las rebajas de pena por buen comportamiento, que podían acordar los directores de los Centros Penitenciarios<sup>904</sup>.

Estas propuestas se van a materializar, especialmente a partir de los años 80, en la aprobación, tanto a nivel federal como estatal, de una serie de reformas legislativas.

En primer lugar, en la jurisdicción federal y en la mayoría de las estatales, tiene lugar la abolición de los *Parole Boards*, cuyo funcionamiento, absolutamente discrecional, había sido señalado como una de las causas fundamentales de la gran diversidad existente en cuanto a la

---

<sup>900</sup>En estos años tienen lugar distintas revueltas en las cárceles, y también se interponen demandas judiciales contra los Departamentos de Justicia o de Prisiones de los distintos Estados para protestar contra la situación de deterioro en la que se encontraban estos centros, denunciándose asimismo el tratamiento discriminatorio que en ellos recibían las minorías étnicas; López Barja de Quiroga, Jacobo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, cit., p. 479.

Sobre las razones que llevaron al declive de este sistema, véase Kamisar, Yale, LaFave, Wayne R., Israel, Jerold H., King Nancy J. y Kerr, Orin S., *Modern Criminal Procedure. Cases-Comments-Questions*, 12ª ed., 2008 (actualizado al 2011), p. 1487; Saltzburg, Stephen A. y Capra, Daniel J., *American Criminal Procedure. Cases and Commentary*, 8ª ed., 2007, p. 1464.

<sup>901</sup>Para el Tribunal Supremo Federal –*Atkins v. Virginia* 536 U.S. 304 (2002)– el «*just desert*» es la idea esencial del concepto de retribución, que consiste precisamente en el interés de la sociedad en que el delincuente reciba lo que merece, uniéndose la severidad del castigo a la culpabilidad. Declara el Tribunal: «With respect to retribution - the interest in seeing that the offender gets his "just deserts" - the severity of the appropriate punishment necessarily depends on the culpability of the offender».

<sup>902</sup>Los principales representantes de esta doctrina, procedentes del denominado sector liberal, son: K. C. Davis (*Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*, 1969), M. E. Frankel (*Criminal Sentences*, 1972), A. von Hirsch (*Doing Justice*, 1975), D. Fogel (*We are the living proof: The Justice Model for Corrections*, 1975), y N. Norris (*The future of imprisonment*, 1974); López Barja de Quiroga, Jacobo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, cit., p. 479.

<sup>903</sup>Los *Parole Boards* eran los comités que decidían la liberación de los penados una vez que estos habían cumplido una parte de su pena.

<sup>904</sup>Kamisar, Yale, LaFave, Wayne R., Israel Jerold H., King, Nancy J. y Kerr, Orin S., *Modern Criminal...*, cit., p. 1487.

duración de las penas. En aquellos Estados en los que se mantienen, se aprueban, por lo general, normas destinadas a regular el ejercicio de sus facultades, entre las que suelen incluirse que aquellos presos condenados por asesinato u otros delitos graves no puedan acceder a él<sup>905</sup>, o que los penados, antes de acceder a la libertad, tengan que cumplir como mínimo un determinado número de años en prisión.

En segundo lugar, comienza a generalizarse la aprobación de normas que establecen penas mínimas obligatorias para ciertos delitos, sea en todo caso, o cuando concurran en su ejecución determinados hechos o circunstancias. Son los *mandatory minimum sentences*. En 1983, cuarenta y nueve de los cincuenta Estados lo habían previsto así para gran cantidad de delitos<sup>906</sup>. A nivel federal, esta tendencia también se consolida, y se advierte sobre todo en delitos relacionados con el tráfico de drogas y con la posesión de armas de fuego<sup>907</sup>.

La constitucionalidad del establecimiento de estas «penas mínimas» fue cuestionada y confirmada por el Tribunal Supremo Federal, en la sentencia dictada en el caso *Harris v. United States*<sup>908</sup>, en la que el más alto Tribunal de los Estados Unidos entendió que, efectivamente, era conforme a la Constitución que el legislador fijara una pena mínima para ciertos delitos cuando en ellos o en sus autores concurrieran determinados hechos y circunstancias; como también era acorde con la Carta Magna, y esta es la clave y lo que motivó las dudas sobre su constitucionalidad, que dicha pena mínima pudiera imponerse cuando esos hechos y circunstancias hubiera quedado acreditados no durante el juicio y, por tanto, ante el Jurado, sino sólo ante el *Sentencing Judge*.

Se confirma así la doctrina ya declarada sobre el particular en *McMillan v. Pennsylvania*<sup>909</sup>, donde se reconoció, por primera vez, que no todo hecho que permitiera la imposición de una pena mínima debía ser probado ante el Jurado, más allá de toda duda razonable. El Tribunal, en *McMillan v. Pennsylvania*, como luego en *Harris*, distingue entre lo que considera hechos que constituyen, propiamente, elementos del delito, y que como tales habrán de ser objeto de prueba ante el Jurado, y aquellos otros que tienen sólo relevancia a los efectos

---

<sup>905</sup>Kamisar, Yale, LaFave, Wayne R., Israel, Jerold H., King, Nancy J. y Kerr, Orin S., *Modern Criminal...*, cit., p. 1490.

<sup>906</sup>Kamisar, Yale, LaFave, Wayne R., Israel, Jerold H., King, Nancy J. y Kerr, Orin S., *Modern Criminal...*, cit., p. 1492.

<sup>907</sup>Kamisar, Yale, LaFave, Wayne, R., Israel, Jerold H., King, Nancy J. y Kerr, Orin S., *Modern Criminal...*, cit., p. 1492.

<sup>908</sup>*Harris v. United States*, 536 U.S. 545 (2002).

<sup>909</sup>*McMillan v. Pennsylvania*, 477 U.S. 79 (1986).

de graduar la pena a imponer *-sentencing factors-*, que podrán ser declarados probados y valorados por el Juez que impone la pena. De ordinario, según el Tribunal, los hechos cuya presencia conduce a la imposición de una pena mínima suelen hacer referencia a la forma concreta en la que un delito determinado se ejecuta, y estos hechos, tradicionalmente, han sido considerados *sentencing factors*. Además, de esta forma, no se extiende la discrecionalidad del Juez, permitiéndole imponer penas más altas que las previstas por la Ley, sino que más bien la contraen. El juez no puede imponer una pena menor al mínimo previsto, si concurre el hecho o circunstancia en cuestión -por ejemplo, como ocurría en el supuesto analizado en esta sentencia, que el autor hubiera exhibido un arma durante su ejecución-, pero puede imponer la pena correspondiente a dicho mínimo, aun cuando no concorra dicho hecho, pues siempre se mantendría dentro de los márgenes previstos por el legislador<sup>910</sup>.

Junto a la aprobación de estas penas mínimas para ciertos delitos, la tercera de las reformas legales que comienza a implantarse en la jurisdicción estatal y federal, para limitar la disparidad en las penas, es la aprobación de disposiciones destinadas a regular la forma en la que el Juez debe individualizarlas. Son las llamadas *sentencing-guidelines*.

En efecto, en 1984, el Congreso de los Estados Unidos aprueba la *Sentencing Reform Act*, que introduce a nivel federal importantes cambios<sup>911</sup>: se clasifican los delitos federales y se establece un determinado límite máximo y mínimo en la pena, que corresponde a cada uno de ellos; se declaran las finalidades que cualquier de estas penas debe cumplir, sin optar por ninguna de ellas, la disuasión *-deterrence-*, incapacitación *-incapacitation-*, justo castigo *-just punishment-* y rehabilitación *-rehabilitation-*; se exige a los jueces que expliquen las razones por las que imponen una determinada pena; y por último se crea una Comisión *-Sentencing Commission-* encargada de promulgar y aprobar unas normas, las *sentencing guidelines*, que serán vinculantes para los Jueces, a los que marcarán las pautas para determinar las penas, y que la misma Comisión irá modificando y adaptando anualmente<sup>912</sup>.

---

<sup>910</sup>Declara el Tribunal: «The provisions before us now, however, have an effect on the defendant's sentence that is more consistent with traditional understandings about how sentencing factors operate; the required findings constrain, rather than extend, the sentencing judge's discretion. Section 924(c)(1)(A) does not authorize the judge to impose "steeply higher penalties"—or higher penalties at all—once the facts in question are found. Since the subsections alter only the minimum, the judge may impose a sentence well in excess of seven years, whether or not the defendant brandished the firearm. The incremental changes in the minimum—from 5 years, to 7, to 10—are precisely what one would expect to see in provisions meant to identify matters for the sentencing judge's consideration».

<sup>911</sup>Véase, Saltzburg, Stephen A. y Capra, Daniel J., *American Criminal...*, cit., p. p. 1464-1465.

<sup>912</sup>Sobre por qué el Congreso, en lugar de aprobar directamente estas normas, encargó su elaboración a esta Comisión, véase Baron-Evans, Amy y Stith, Kate, «Booker Rules», *160 U. Pa. L. Rev.* 1631 (2012), p. 1636.

La constitucionalidad de la creación de la *Sentencing Commission* fue puesta en duda, pero confirmada por el Tribunal Supremo Federal en *Mistretta v. United States*<sup>913</sup>. Esta resolución, después de reconocer que el sistema de sentencias indeterminadas, basado en la idea de la rehabilitación<sup>914</sup>, había conducido a graves disparidades entre las penas impuestas por los Jueces Federales en casos similares, generando una gran incertidumbre sobre cuándo un penado podía ser puesto en libertad, rechazó los dos principales argumentos en los que se amparaba esa supuesta inconstitucionalidad. Así, por un lado, rechazó que la creación de este órgano con el cometido ya mencionado implicara una delegación indebida de un poder que correspondía al poder legislativo, puesto que dicha delegación había sido lo suficientemente detallada y concreta respecto a cómo desarrollar esas *guidelines*, para cumplir las exigencias derivadas del texto constitucional en este extremo. En segundo lugar, el Tribunal Supremo Federal rechazó que la integración de la Comisión, dentro del Poder Judicial, y su composición, con miembros elegidos por el Presidente y por tanto removibles (tres de sus siete miembros debían ser jueces federales), vulnerara el principio de separación de poderes. En efecto, para el Tribunal, el hecho de que la Comisión formara parte del *Judicial Branch* no implicaba la violación de este principio porque ni era un Tribunal, ni ejercía funciones jurisdiccionales. Además, en sentido inverso, tampoco expandía los poderes de los jueces más allá de sus límites constitucionales, otorgando a estos, a través de este órgano, un *quasi* poder legislativo, y ello porque ya antes les correspondía fijar la pena en cada caso, lo que continuarían haciendo, pero a través de las nuevas disposiciones<sup>915</sup>. En cuanto a su composición, ni podría el Presidente

---

<sup>913</sup>*Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361 (1989).

<sup>914</sup>Declara el Tribunal sobre el sistema de sentencias indeterminadas: «For almost a century, the Federal Government employed in criminal cases a system of indeterminate sentencing. Statutes specified the penalties for crimes but nearly always gave the sentencing judge wide discretion to decide whether the offender should be incarcerated and for how long, whether he should be fined and how much, and whether some lesser restraint, such as probation, should be imposed instead of imprisonment or fine. This indeterminate-sentencing system was supplemented by the utilization of parole, by which an offender was returned to society under the "guidance and control" of a parole officer. See *Zerbst v. Kidwell*, 304 U.S. 359, 363, 58 S.Ct. 872, 874, 82 L.Ed. 1399 (1938). Both indeterminate sentencing and parole were based on concepts of the offender's possible, indeed probable, rehabilitation, a view that it was realistic to attempt to rehabilitate the inmate and thereby to minimize the risk that he would resume criminal activity upon his return to society. It obviously required the judge and the parole officer to make their respective sentencing and release decisions upon their own assessments of the offender's amenability to rehabilitation. As a result, the court and the officer were in positions to exercise, and usually did exercise, very broad discretion (...). This led almost inevitably to the conclusion on the part of a reviewing court that the sentencing judge "sees more and senses more" than the appellate court; thus, the judge enjoyed the "superiority of his nether position," for that court's determination as to what sentence was appropriate met with virtually unconditional deference on appeal (...). The decision whether to parole was also "predictive and discretionary." *Morrissey v. Brewer*, 408 U.S. 471, 480, 92 S.Ct. 2593, 2600, 33 L.Ed.2d 484 (1972). The correction official possessed almost absolute discretion over the parole decision. See, e.g., *Brest v. Ciccone*, 371 F.2d 981, 982-983 (CA8 1967); *Rifai v. United States Parole Comm'n*, 586 F.2d 695 (CA9 1978)».

<sup>915</sup>Dice al respecto el Tribunal: «Second, although the Commission wields rulemaking power and not the adjudicatory power exercised by individual judges when passing sentence, the placement of the Sentencing Commission in the Judicial Branch has not increased the Branch's authority. Prior to the passage of the Act, the

ejercer ningún tipo de coerción sobre sus miembros, ni el hecho de que tres de ellos tuvieran que ser jueces federales suponía ninguna inconstitucionalidad, pues la Constitución no prohíbe a los jueces que puedan formar parte de comisiones independientes.

Las primeras *sentencing guidelines* federales fueron aprobadas en 1987 y a partir de ahí han sido actualizadas progresivamente. La mayoría de los Estados, por su parte, han aprobado normas similares.

Resumidamente, porque son normas complejas<sup>916</sup>, y sin perjuicio de las matizaciones que realizaremos a continuación cuando nos ocupemos de las *sentencing guidelines* para organizaciones, estas normas fijan, para individualizar la pena, un sistema de puntos. La puntuación de partida viene siempre determinada por la naturaleza del delito cometido -*base offense level*-. Cabe aquí destacar que, lejos de crear una lista con los miles de delitos federales que existen, las *guidelines* crean grupos de infracciones según sus características, formando una escala que va del uno al cuarenta y tres. Así, por ejemplo, a aquellos delitos que impliquen algún tipo de fraude les corresponderá de ordinario un *base offense level* de seis<sup>917</sup>. A partir de ahí se suman o restan puntos en función de toda una serie de circunstancias presentes tanto en la ejecución del hecho, como en la persona del delincuente y, en ocasiones, también en la víctima. Alcanzada la puntuación, la misma remite a una serie de tablas que indican la pena a imponer en el caso concreto<sup>918</sup>. La norma permite al juez apartarse de esta pena resultante sólo cuando concorra una circunstancia agravante o atenuante, que por su naturaleza o entidad no haya sido

---

Judicial Branch, as an aggregate, decided precisely the questions assigned to the Commission: what sentence is appropriate to what criminal conduct under what circumstances. It was the everyday business of judges, taken collectively, to evaluate and weigh the various aims of sentencing and to apply those aims to the individual cases that came before them. The Sentencing Commission does no more than this, albeit basically through the methodology of sentencing guidelines, rather than entirely individualized sentencing determinations. Accordingly, in placing the Commission in the Judicial Branch, Congress cannot be said to have aggrandized the authority of that Branch or to have deprived the Executive Branch of a power it once possessed. Indeed, because the Guidelines have the effect of promoting sentencing within a narrower range than was previously applied, the power of the Judicial Branch is, if anything, somewhat diminished by the Act. And, since Congress did not unconstitutionally delegate its own authority, the Act does not unconstitutionally diminish Congress' authority. Thus, although Congress has authorized the Commission to exercise a greater degree of political judgment than has been exercised in the past by any one entity within the Judicial Branch, in the unique context of sentencing, this authorization does nothing to upset the balance of power among the Branches».

<sup>916</sup>La complejidad de las reglas expuestas es evidente. Tal complejidad, si leemos el capítulo introductorio que encabeza el texto de las mismas, que explica su funcionamiento y sus principios generales, se justifica porque se pretende, por un lado, eliminar la disparidad en las penas a imponer a delincuentes similares, que hayan sido condenados, a su vez, por hechos similares; y por otro, castigar proporcionalmente a los delincuentes en función de la gravedad del delito.

<sup>917</sup>Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., p. p. 644-645.

<sup>918</sup>Véase Saltzburg, Stephen A. y Capra, Daniel J., *American Criminal ...*, cit., p. p. 1466-1470; y Kamisar, Yale, LaFare, Wayne R., Israel, Jerold H., King, Nancy J. y Kerr, Orin S., *Modern Criminal...*, cit., p. p. 1493-1494. También, Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar ...*, cit., p. p. 645-647.

debidamente valorada por la *Sentencing Commission* al elaborar las *guidelines*, y que justifique la imposición de una pena distinta.

Con este sistema se pretende que la pena resultante sea una combinación entre las características del delito cometido –*offense behaviour*- y las propias de su autor –*offender characteristics*-. Una de las primeras podría ser que un delito de robo se haya cometido utilizando un arma; y una de las segundas que su autor hubiera sido condenado antes por un hecho similar<sup>919</sup>. De la interrelación entre una y otra surge la pena concreta a imponer.

## **1.2. *United States v. Booker*. El carácter orientativo de las *guidelines***

En la actualidad, las *guidelines*, que nacieron, según la *Sentencing Reform Act*, como normas vinculantes, de manera que su no aplicación permitía la formulación del correspondiente recurso, se han convertido en meramente orientativas a raíz de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo Federal en el año 2005, en el caso *United States v. Booker*<sup>920</sup>.

Para entender este pronunciamiento, hemos de partir necesariamente de otros pronunciamientos anteriores, que le fueron allanando el camino.

Antes de la sentencia dictada respecto a los *mandatory minimum sentences*, en el caso *Harris v. United States*<sup>921</sup>, donde, como ya hemos explicado, se concluyó la constitucionalidad de la imposición de una pena mínima con base en un hecho que no hubiese sido declarado probado por un Jurado, el Tribunal Supremo Federal, en una sentencia dictada en el año 2000, en el caso *Apprendi v. New Jersey*<sup>922</sup>, había alcanzado una solución diversa respecto a aquellos hechos, distintos de una condena previa, que pudieran incrementar la pena más allá del límite máximo establecido por el legislador. Estos sí tendrían que ser declarados probados por el Jurado más allá de todo duda razonable<sup>923</sup>.

---

<sup>919</sup>Véase el capítulo primero del *USSC Guidelines Manual Guidelines*. La última versión ha sido publicada en noviembre de 2014.

<sup>920</sup>*United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005).

<sup>921</sup>*Harris v. United States*, 536 U.S. 545 (2002).

<sup>922</sup>*Apprendi v. New Jersey*, 530 U.S. 466 (2000).

<sup>923</sup>En *Harris v. United States* existe un voto disidente muy interesante del Juez Breyer, en el que, precisamente, muestra su desacuerdo con la distinción que establece el Tribunal entre los hechos cuya concurrencia suponen la imposición de una pena mínima, que, según la decisión mayoritaria no habrían de ser sometidos al Jurado, y aquellos que lo que permiten es superar el límite máximo establecido por el legislador que, según el Tribunal que había decidido en *Apprendi v. New York*, sí debían ser sometidos a la consideración del Jurado. Dice literalmente al respecto: «I do not understand why, when a legislature authorizes a judge to impose a higher penalty for bank

Era pues cuestión de tiempo que este pronunciamiento afectara a las *sentencing guidelines*.

El primer pronunciamiento en este sentido tuvo lugar en *Blakey v. Washington*<sup>924</sup>, derivado de un recurso presentado contra una condena impuesta en aplicación de las *sentencing guidelines* del Estado de Washington. En esta resolución se aplicó el criterio establecido en *Apprendi*, declarándose que aquellos hechos que permitían incrementar la pena «base» correspondiente a un determinado delito tenían que haber sido objeto de prueba ante el Jurado.

El segundo y definitivo paso se da en la sentencia dictada un año después, en *United States v. Booker*<sup>925</sup>, que aplica idéntico criterio a las *sentencing guidelines* federales que, en consecuencia, dejan de ser vinculantes para los Jueces y se convierten en meramente orientativas.

Ahora bien, dicho lo anterior, es preciso hacer las siguientes aclaraciones.

Lo que el Tribunal Supremo Federal declara en *Booker* contrario a la Sexta Enmienda, que consagra el derecho a ser juzgado por un jurado imparcial y al derecho al proceso debido, es que el sistema de *sentencing guidelines* obligue al Juez, con base en unos hechos por él determinados en la fase de *sentencing* y no por el Jurado, a incrementar la pena más allá de la básica prevista para el delito por el que el acusado fue condenado<sup>926</sup>, pero no impide que pueda hacerlo. Por eso estas normas, como hemos dicho, dejan de ser vinculantes y se convierten en orientativas.

En *Apprendi*, pronunciamiento del que deriva, el Tribunal no dijo que tuvieran que ser los Jurados y no los Jueces lo que impusieran las penas, ni que los márgenes fijados fueran demasiados amplios, ni tampoco que los jueces no pudieran tener en cuenta para concretar la

---

robbery (based, say, on the court's finding that a victim was injured or the defendant's motive was bad), a new crime is born; but where a legislature requires a judge to impose a higher penalty than he otherwise would (within a pre-existing statutory range) based on similar criteria, it is not» Para el Juez Breyer, siempre, y en todo caso, se debería permitir al juez, atendiendo a los *sentencing factors*, imponer una pena por encima o por debajo de la establecida como límite por el legislador. Se dice expresamente en esta opinión discrepante: «...continue to believe that the Sixth Amendment permits judges to apply sentencing factors—whether those factors lead to a sentence beyond the statutory maximum (as in *Apprendi*) or the application of a mandatory minimum (as here)».

<sup>924</sup>*Blakey v. Washington*, 542 U.S. 296 (2004).

<sup>925</sup>*United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005).

<sup>926</sup>Saltzburg, Stephen A. y Capra, Daniel J., *American Criminal...*, cit., p. 1436.

pena hechos no incluidos en la condena<sup>927</sup>. De esta forma, el Tribunal Supremo no abandona en *Booker* la doctrina establecida en 1949 en *Williams v. New York*<sup>928</sup>, según la cual, los jueces pueda tener en cuenta, para imponer la pena, cualquier hecho que consideren relevante, siempre que la impuesta se mantenga dentro de los máximos legales establecidos por el legislador<sup>929</sup>. Por el contrario, lo que el Tribunal declara contrario al derecho a ser juzgado por un Jurado y al proceso debido es que la ley o la *guideline* establezca un máximo de pena que el Juez no pueda superar a menos que se establezcan hechos adicionales; y que el acusado sea condenado conforme a esa pena que excede del máximo, sin tener la oportunidad de que los hechos que así lo permiten hayan sido declarados probados por un Jurado<sup>930</sup>.

Es preciso asimismo aclarar que, tras el pronunciamiento del Tribunal Supremo Federal en *Booker*, las *sentencing guidelines* no han perdido su protagonismo<sup>931</sup>. El propio Tribunal Supremo Federal, dos años más tarde, en el caso *Rita v. United States*<sup>932</sup> declararía que la imposición de una pena conforme a estas *guidelines*, ya entonces orientativas, implicaba la presunción, aunque no vinculante, de que la pena impuesta era razonable. La razonabilidad es precisamente el elemento que ha de valorarse por el tribunal superior, cuando la imposición de una pena concreta por un tribunal inferior es objeto de recurso ante él, e implica, a su vez, que en la imposición de dicha pena este último no haya abusado de su discrecionalidad. Ahora bien, como declara el propio Tribunal en esta sentencia, la presunción de razonabilidad descrita no

---

<sup>927</sup>Véase Kamisar, Yale, LaFave, Wayne R., Israel, Jerold H., King, Nancy J. y Kerr, Orin S., *Modern Criminal...*, cit., p. 1527.

<sup>928</sup>*Williams v. New York*, 337 U.S. 241(1949).

<sup>929</sup>Kamisar, Yale, LaFave Wayne R., Israel Jerold H., King Nancy J. y Kerr, Orin S., *Modern Criminal...*, cit., p. 1527

<sup>930</sup>Kamisar, Yale, LaFave Wayne R., Israel Jerold H., King Nancy J. y Kerr, Orin S., *Modern Criminal...*, cit., p. 1527.

En esta misma línea, Saltzburg, A. Stephen y Capra J. Daniel, *American Criminal...*, cit. p. p. 1483-1484, resaltando la idea de que la sentencia dictada en *Booker* no altera la regla general de que el juez que impone la pena pueda valorar para ello los hechos que considere pertinentes; entre ellos, aquellos que se incluyen a estos efectos en las *sentencing guidelines*, incluso cuando ello suponga una mayor pena. El problema constitucional que planteaban estas *guidelines* es que la determinación judicial de tales hechos tenía lugar en un «escenario obligatorio» para el Juez. También en este sentido el Tribunal Supremo Federal en *Rita v. United States*, 551 U.S. 338 (2007), donde se dice: «This Court's Sixth Amendment cases do not automatically forbid a sentencing court to take account of factual matters not determined by a jury and to increase the sentence in consequence. Nor do they prohibit the sentencing judge from taking account of the Sentencing Commission's factual findings or recommended sentences (...). The Sixth Amendment question, the Court has said, is whether the law forbids a judge to increase a defendant's sentence unless the judge finds facts that the jury did not find (and the offender did not concede)».

Sobre la jurisprudencia más reciente al respecto, véase el informe *On the Continuing Impact of United States v. Booker on Federal Sentencing*, elaborado por la *Sentencing Commission* y remitido al Congreso en el año 2012.

<sup>931</sup>Un estudio realizado por la *Sentencing Commission* sobre las sentencias impuestas después de *Booker* concluyó que el 62,1 % de las impuestas entre el 12 de enero de 2005 (fecha del dictado de la sentencia *Booker*) y el 15 de marzo de 2005 se mantenían dentro de los márgenes de las *sentencing guidelines*; Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 8.02 (versión electrónica).

<sup>932</sup>*Rita v. United States*, 551 U.S. 338 (2007).



implica la contraria, esto es, que toda pena que se impongan al margen de las *guidelines* sea irrazonable. Como consecuencia de ello, en una sentencia posterior, la dictada en *Gall v. United States*<sup>933</sup>, el Tribunal declaró, frente a la opinión adoptada por el Tribunal de Apelación, que no era necesario que concurrieran circunstancias extraordinarias para que pudiera imponerse una pena al margen de las *guidelines*<sup>934</sup>.

## 2. Las *Organizational guidelines*

### 2.1. Su fundamento y estructura

Las *sentencing guidelines* federales prevén normas para determinar la pena no solo cuando el declarado culpable ante un Jurado sea una persona física, sino también cuando sea una persona jurídica. Las primeras *sentencing guidelines* federales destinadas a las organizaciones<sup>935</sup> fueron aprobadas cuatro años después de que lo fueran las destinadas a las personas físicas y tras un extenso período de consultas en el que participaron, entre otros, representantes de la industria, abogados, jueces y fiscales<sup>936</sup>.

Varias fueron las cuestiones que tuvo que resolver la *Sentencing Commission* antes de aprobar definitivamente esas primeras *guidelines* para organizaciones<sup>937</sup>.

---

<sup>933</sup>*Gall v. United States*, 552 U.S. 38 (2007).

<sup>934</sup>Respecto al criterio de la razonabilidad de las penas después de Booker, véase, King, Nancy J., «Reasonableness Review After Booker», 43 *Houston L. Rev.*, 325 (2006). Asimismo, en general, sobre las consecuencias del carácter meramente orientativo de las *guidelines*, véase, Richman, Daniel, «Federal White Collar Sentencing in The United States: a Work in Progress», 76 *Law & Contemp. Probs.* 53 (2013), p. p. 57-62; Baron-Evans, Amy y Stith, Kate, «Booker...», cit., p. p. 1667-1681. También, Adelman, Lynn S., Gertner, Nancy, Kopf, Richard G., Lynch, Gerard E. y Presnell, Gregory A., «Federal Sentencing Under "Advisory" Guidelines: Observations by District Judges», 75 *Fordham L. Rev.* 1 (2006).

También con relación al impacto de esta sentencia, véase, Rakoff, Jed S. y Sack, Jonathan S., *Federal Corporate Sentencing: Compliance and Mitigation*, Law Journal Press, 2014 (versión electrónica), § 1.03.

<sup>935</sup>Ya describimos en la primera parte de este trabajo que, de conformidad con las *guidelines* (sección 8 A1.1), el término *organization* incluye «a person other than an individual, y concretamente, a las corporations, partnerships, associations, joint-stock companies, unions, trusts, pension funds, unincorporated organizations, governments and political subdivisions thereof, and non-profit organizations».

<sup>936</sup>Véase, el informe, *Chapter Eight Fine Primer: Determining the appropriate fine under the Organizational Guidelines*, elaborado por el *Office of General Counsel U.S. Sentencing Commission*, marzo 2013, p. 1. También, Eastman, Lindsay K., «Note. Revising the Organizational Sentencing Guidelines to Eliminate the Focus on Compliance Programs and Cooperation in Determining Corporate Sentence Mitigation», 94 *Minn. L. Rev.* 1620 (2010), p. 1624.

<sup>937</sup>Véase sobre el particular el informe remitido por la *Sentencing Commission* al Congreso, en agosto de 1991, con el nombre *Supplementary Report on Sentencing guidelines for organizations* y, particularmente, su capítulo segundo. Este informe se remitió por la Comisión para ayudar a entender el fundamento, la estructura y la reglas previstas en las *sentencing guidelines for organizational defendants*, las cuales habían sido remitidas al Congreso en mayo de ese mismo año. Véase también al respecto, Nagel, Ilene H. y Swenson, Winthrop M., «The Federal Sentencing Guidelines for Corporations: Their Developments Theoretical Underpinnings and Some Thoughts about Their Future», 71 *Wash. U. L. Q.* 205 (1993); y Moore, Jennifer, «Corporate Culpability under...», cit.

En primer lugar, la Comisión hubo de decidir si estaba realmente autorizada para aprobar unas *guidelines* para organizaciones o si, sencillamente, su misión era aprobar unos principios generales sobre cuáles debían ser los criterios a seguir por los jueces en este ámbito<sup>938</sup>. Pues si la *Sentencing Reform Act* claramente autorizaba a este órgano para hacer esta labor respecto a las personas físicas, no parecía tan claro si lo hacía también respecto a las jurídicas<sup>939</sup>. Lógicamente sobre este extremo el acuerdo alcanzado, tras examinar algunas de las declaraciones realizadas por el legislador, fue que la Comisión sí había sido autorizada a estos efectos y debía promulgar unas *guidelines* para las personas jurídicas.

También fue objeto de controversia, en segundo lugar, cuál debía ser el ámbito de aplicación de estas nuevas *guidelines*. En este punto se acordó que, como en el caso de las personas físicas, las *organizational guidelines* se aplicarían para los delitos más graves, los constitutivos de *felonies* y *class A misdemeanors*; pues el número de personas jurídicas condenadas por *misdemeanors* del tipo B o C o por simples *infractions* era realmente bastante escaso<sup>940</sup>.

En tercer lugar, se discutió ampliamente si las *guidelines* debían ser las mismas para todas las entidades, cualquiera que fuera su tamaño. En este sentido, tres fueron los argumentos aportados a favor de establecer diferencias. El primero, que, teniendo en cuenta el número total de entidades condenadas por delitos federales, muy pocas de ellas habían sido *large corporations*. El segundo, que la aplicación del criterio de imputación vigente, que derivaba en una responsabilidad vicarial, era más peligroso para estas últimas, porque en las pequeñas, normalmente, su propietario estaba también implicado en la conducta delictiva y por tanto solía ser acusado por ello. El tercero que, para castigar a una gran corporación, sería necesaria una multa más grave que la necesaria para castigar a una entidad pequeña<sup>941</sup>.

---

<sup>938</sup>Véase el informe, *Supplementary Report on Sentencing guidelines for organizations*, cit., p. 7.

<sup>939</sup>Nagel, Ilene H. y Swenson, Winthrop M., «The Federal Sentencing ...», cit., p. 212. También, Eastman, Lindsay K., «Note. Revising the Organizational Sentencing...», cit., p. p. 1623-1624, que destaca las escasas referencias que durante el desarrollo de la norma se hicieron a las organizaciones.

<sup>940</sup>Véase el informe, *Supplementary Report on Sentencing guidelines for organizations*, cit., p. 7.

De conformidad con la sección 3559 (a) del Título 18 del *U.S. Code*: «An offense that is not specifically classified by a letter grade in the section defining it, is classified if the maximum term of imprisonment authorized is: (1) life imprisonment, or if the maximum penalty is death, as a Class A felony; (2) twenty-five years or more, as a Class B felony; (3) less than twenty-five years but ten or more years, as a Class C felony; (4) less than ten years but five or more years, as a Class D felony; (5) less than five years but more than one year, as a Class E felony; (6) one year or less but more than six months, as a Class A misdemeanor; (7) six months or less but more than thirty days, as a Class B misdemeanor; (8) thirty days or less but more than five days, as a Class C misdemeanor; or (9) five days or less, or if no imprisonment is authorized, as an infraction».

<sup>941</sup>Véase el informe, *Supplementary Report on Sentencing guidelines for organizations*, cit., p. 8.

En este punto, la Comisión, ante la falta de datos concluyentes, optó finalmente porque el tamaño de la entidad no fuera un factor determinante. Sólo tendría relevancia en dos extremos muy concretos. El primero, cuando los dueños de una *closely held organizations* fueran multados por el mismo delito que lo había sido la entidad, permitiendo, en estos supuestos (en los que estos eran realmente un *alter ego* de la organización) que la multa impuesta a la entidad se redujera; y el segundo, admitiendo que, para valorar la implicación de la entidad en la conducta criminal o su tolerancia hacia la misma, se pudiera tener en cuenta el número de sus empleados<sup>942</sup>.

En cuarto lugar, y este era a todas luces el debate clave, la Comisión tuvo que decidir también, qué sistema era el más apropiado para la determinación de las penas impuestas a las personas jurídicas. Para ello, había que tener muy en cuenta, sin duda, qué finalidad se pretendía perseguir con la imposición de una pena a un *corporate offender*, en definitiva, de qué teoría de la pena se iba a partir. Las aportaciones doctrinales en este campo habían sido de lo más variadas, incluyendo algunas que defendían la imposición de penas alternativas a la de multa<sup>943</sup>. El examen de los pronunciamientos jurisprudenciales, por su parte, había revelado una gran disparidad en las cuantías de las multas, muchas de ellas muy inferiores al daño causado<sup>944</sup>, así como la imposición de algunas penas «originales», tales como, obligar a la entidad o a sus directivos a realizar determinadas obras de caridad<sup>945</sup>.

---

<sup>942</sup>Véase el informe, *Supplementary Report on Sentencing guidelines for organizations*, cit., p. p. 8-9.

<sup>943</sup>Véase el informe, *Supplementary Report on Sentencing guidelines for organizations*, cit., p. 5. También, Nagel, Ilene H. y Swenson, Winthrop M., «The Federal Sentencing ...», cit., p. 214. En la misma línea, Murphy, Diana E., «The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Decade of Promoting Compliance and Ethics», 87 *Iowa L. Rev.* 697 (2002), p. 700. Asimismo, para conocer con más detalle la discusión doctrinal reseñada y algunas de las teorías mantenidas, en los años previos a la publicación de las *guidelines*, sobre cuál era la mejor forma para castigar los *corporate crimes*, véase, entre otros muchos, Parker, Jeffrey S., «Criminal Sentencing Policy for Organizations: The Unifying Approach of Optimal Penalties», 26 *Am. Crim L. Rev.* 513 (1989); Fisse, Brent, «Reconstructing Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault, and Sanctions», 56 *S. Cal. L. Rev.* 1141 (1983); o Coffee, John C. Jr., «Corporate Crime and Punishment: A Non-Chicago View of the Economics of Criminal Sanctions» 17 *Am. Crim. L. Rev.* 419 (1980). En el segundo de estos trabajos, su autor destaca cuatro preguntas a las que, según él, se tendría que hallar respuesta en el futuro, y que son bastante expresivas de los temas que, entonces, preocupaban a la doctrina. Estas preguntas eran las siguientes: a) ¿es necesario el Derecho Penal para prevenir la comisión de delitos por las personas jurídicas?; b) ¿es la retribución una finalidad legítima cuando se castiga a un *corporate offender*?; c) ¿es posible atribuir una culpabilidad propia a la entidad y con base a unos parámetros que funcionen realmente?; y d) ¿es posible realmente la existencia de unas sanciones justas y efectivas para las personas jurídicas?.

<sup>944</sup>Nagel, Ilene H. y Swenson, Winthrop M., «The Federal Sentencing ...», cit., p. p. 214-215. También Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 8.02 (versión electrónica), que señala que, antes de 1984, el importe máximo de la pena de multa que podían imponerse a las entidades, por la mayoría de los delitos federales, era muy bajo. Y así si, por ejemplo, un *federal wire fraud* era castigado con una pena de prisión de hasta cinco años, la multa no podía superar sin embargo los 1.000 dólares.

<sup>945</sup>Nagel, Ilene H. y Swenson, Winthrop M., «The Federal Sentencing ...», cit., p. p. 218-226.

La condena, en 1988, de la compañía *Allegheny Bottling* por conspirar para fijar precios ilícitamente, es un ejemplo de la frustración que algunos jueces sentían a la hora de fijar las penas para las grandes compañías, debido

Ante ello, se optó por partir, para las personas jurídicas, del marco que ya había sido fijado por el Congreso en la sección 3553 (a) del título 18 del *U.S. Code*<sup>946</sup> que, en consecuencia, sería plenamente aplicable también a estas. Esta disposición establece expresamente los factores que, con carácter general, debe tener en cuenta el juez a la hora de fijar la pena<sup>947</sup> y, entre estos, menciona, precisamente, los fines que la misma está llamada a cumplir. En efecto, según su texto, los factores a los que se debe atender para determinar la pena son los siguientes: la naturaleza y circunstancias del delito, así como la historia y las características del delincuente; el tipo de penas disponibles; las reglas que para su concreta determinación hayan sido fijadas en las *guidelines*, o cualquier *policy statement* que al respecto sea emitida por la *Sentencing Commission* en el ejercicio de sus competencias; la necesidad de evitar disparidades entre delincuentes con un historial similar y que hayan cometido una conducta también similar; el resarcimiento de las víctimas; y, por último, y como adelantábamos, los fines que la pena debe cumplir.

Estos fines están previstos, a su vez, en la sección segunda de la misma disposición y son los siguientes: *just punishment* (la pena ha de reflejar la gravedad del delito, promover el respeto y procurar un justo castigo por la infracción); *adequate general deterrence* (el castigo debe servir para prevenir la conducta criminal); *specific deterrence and incapacitation* (la pena debe proteger al público de la comisión por el condenado de nuevos delitos); y por último, *treatment and rehabilitation* (se debe procurar al penado tratamiento educador, rehabilitador, médico o de cualquier otra clase que sea preciso)<sup>948</sup>.

---

a que estas eran excesivamente leves. Concretamente, en el caso de esta empresa, la pena máxima que se le podía imponer por el delito por el que había sido condenada era de un millón de dólares, cuando las ganancias obtenidas habían superado los cinco millones. Ante ello, el juez, además de imponerle la multa, impuso a varios de sus ejecutivos la obligación de prestar, a tiempo completo, servicios a la comunidad, durante un periodo de dos años. Esta decisión, que respondía a un intento de castigar más severamente a la compañía, fue sin embargo revocada en apelación. El Tribunal de Apelación del Cuarto Circuito entendió que las medidas impuestas no estaban previstas en la normativa *antitrust*, que era la aplicable. Véase, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 8.02 (versión electrónica).

<sup>946</sup>Véase el informe, *Supplementary Report on Sentencing guidelines for organizations*, cit., p. 5.

<sup>947</sup>Según el texto la pena debe ser en todo caso «sufficient but not greater than necessary».

<sup>948</sup>Véase el informe, *Supplementary Report on Sentencing guidelines for organizations*, cit., p. 5.

El texto completo del apartado a) de la sección 3553 (a) del título 18 del *U.S. Code* es el siguiente: «(a) Factors To Be Considered in Imposing a Sentence.—The court shall impose a sentence sufficient, but not greater than necessary, to comply with the purposes set forth in paragraph (2) of this subsection. The court, in determining the particular sentence to be imposed, shall consider—(1) the nature and circumstances of the offense and the history and characteristics of the defendant;(2) the need for the sentence imposed—(A) to reflect the seriousness of the offense, to promote respect for the law, and to provide just punishment for the offense; (B) to afford adequate deterrence to criminal conduct;(C) to protect the public from further crimes of the defendant; and (D) to provide the defendant with needed educational or vocational training, medical care, or other correctional treatment in the most effective manner;(3) the kinds of sentences available;(4) the kinds of sentence and the sentencing range established for—(A) the applicable category of offense committed by the applicable category of defendant as set forth in the guidelines—(i) issued by the Sentencing Commission pursuant to section 994 (a)(1) of title 28, United States Code,

No se excluye pues *a priori*, en la determinación de la pena, ninguna de las finalidades que puede predicarse de las mismas.

Pues bien, en el marco expuesto, el texto de las *guidelines* se estructura finalmente por la Comisión en tres grupos de disposiciones fundamentales, además de una que podríamos considerar preliminar, en la que se realizan una serie de declaraciones generales y se definen algunos términos.

Un primer grupo, que encabeza además el texto, estaría constituido por aquellas disposiciones que se ocupan de cómo las entidades deben remediar el daño derivado de la conducta criminal –*Remedying Harm from Criminal Conduct*-. Porque, como regla general, el Tribunal exigirá a la entidad que adopte las medidas adecuadas para compensar a las víctimas y remediar el daño o la amenaza de daño causada por el delito.

Con esta finalidad, las entidades podrían ser condenadas a cumplir algunas de las medidas siguientes:

- Al abono de las correspondientes indemnizaciones a las víctimas con el fin de reparar el daño causado. Para ello, el Tribunal dictará las denominadas *restitution orders*, que son requerimientos de pago ejecutables judicialmente en caso de incumplimiento<sup>949</sup>.
- A la realización de determinadas acciones que sean necesarias para el completo resarcimiento de las víctimas o para eliminar o reducir el riesgo de que el delito

---

subject to any amendments made to such guidelines by act of Congress (regardless of whether such amendments have yet to be incorporated by the Sentencing Commission into amendments issued under section 994 (p) of title 28); and(ii) that, except as provided in section 3742 (g), are in effect on the date the defendant is sentenced; or(B) in the case of a violation of probation or supervised release, the applicable guidelines or policy statements issued by the Sentencing Commission pursuant to section 994 (a)(3) of title 28, United States Code, taking into account any amendments made to such guidelines or policy statements by act of Congress (regardless of whether such amendments have yet to be incorporated by the Sentencing Commission into amendments issued under section 994 (p) of title 28);(5) any pertinent policy statement—(A) issued by the Sentencing Commission pursuant to section 994 (a)(2) of title 28, United States Code, subject to any amendments made to such policy statement by act of Congress (regardless of whether such amendments have yet to be incorporated by the Sentencing Commission into amendments issued under section 994 (p) of title 28); and (B) that, except as provided in section 3742 (g), is in effect on the date the defendant is sentenced. [1] (6) the need to avoid unwarranted sentence disparities among defendants with similar records who have been found guilty of similar conduct; and (7) the need to provide restitution to any victims of the offense».

<sup>949</sup>Las *guidelines* regulan al respecto, entre otras, cuestiones tales como quiénes reúnen la condición de víctimas o cómo han de concretarse las correspondientes indemnizaciones. Para un mayor desarrollo de estas cuestiones así como de otras, como la relación entre las disposiciones de las *guidelines* y las contenidas en la *Victim and Witness Protection Act* de 1982, véase Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 12.02 (versión electrónica).

cometido puede provocar nuevos daños en el futuro. Estas acciones se imponen en las llamadas *remedial orders*, y pueden ser muy variadas, desde, por ejemplo, la constitución de un *trust* para compensar a las víctimas en el futuro; hasta reconocer públicamente el daño causado<sup>950</sup>. Si la entidad en cuestión estuviera bajo la supervisión de una agencia federal, este organismo, en coordinación con el Tribunal, puede controlar el cumplimiento de la orden<sup>951</sup>.

- A la prestación de determinados servicios a la comunidad. Este tipo de medidas no deben ser utilizadas para imponer a la entidad obligaciones de pago adicionales y se impondrán cuando puedan ayudar a la reparación del daño causado<sup>952</sup>.
- Por último, en determinados casos de fraudes y estafas, la entidad condenada puede ser obligada a abonar los gastos derivados de la notificación a terceros de su posible condición de víctimas, así como de la existencia y contenido de la condena<sup>953</sup>.

Es significativo, en nuestra opinión, que las primeras disposiciones de las *guidelines* para organizaciones se ocupen precisamente del resarcimiento a las víctimas, y ello antes de fijar cualquier otra regla, entre ellas, las destinadas a la determinación de la pena de multa.

Un segundo grupo de disposiciones, que se corresponden, en la actualidad con las partes D y F de las *organizational guidelines* (que conforman el capítulo VIII de las *guidelines*), estaría constituido por las disposiciones destinadas a regular la *probation*. Esta sanción, que supone el sometimiento del condenado a control judicial durante un determinado período de tiempo, desde el momento en que nació para fomentar la rehabilitación fuera de los establecimientos penitenciarios, había sido una figura reservada tradicionalmente para las personas físicas, porque las jurídicas no podían sufrir penas de prisión. Por ello, la *Federal Probation Act* no se aplicaba a estas últimas<sup>954</sup>.

---

<sup>950</sup>Véase, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 12.02 (versión electrónica). También, Rakoff, Jed S. y Sack, Jonathan S., *Federal Corporate Sentencing: Compliance...*, cit., § 1.05 (versión electrónica).

<sup>951</sup>Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 12.02 (versión electrónica).

<sup>952</sup>Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 12.02 (versión electrónica).

<sup>953</sup>Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 12.02 (versión electrónica).

<sup>954</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 1, p. p. 19-20.

A partir de los años 70, sin embargo, los jueces comenzaron a aplicar esta sanción a las entidades, porque cada vez se les imputaba una más variada clase de delitos<sup>955</sup>. De esta forma quedaban sometidas a control judicial un determinado período de tiempo, durante el cual se les imponía el cumplimiento de distintas obligaciones de naturaleza no monetaria, las cuales, según las previsiones que sobre las mismas se hacían, con carácter general, en la *Federal Probation Act*, debían estar destinadas a la «rehabilitación» de la entidad y no ser excesivamente duras<sup>956</sup>.

Las *organizational guidelines* confirman esta tendencia<sup>957</sup> e introducen toda una serie de normas reguladoras de esta figura, que se impone o para asegurar el cumplimiento de otro tipo de sanciones, o bien para tratar de «rehabilitar» a las personas jurídicas, evitando en el futuro la comisión de nuevos delitos. Las obligaciones impuestas durante el período de *probation* pueden ser de los más variadas; como lo son, por otro lado, las sanciones imponibles en caso de incumplimiento, que van desde la prolongación en el tiempo de la medida, hasta su revocación y la imposición de otra pena, que en el caso de la de multa, podrá ser la máxima legalmente prevista<sup>958</sup>. Después volveremos sobre la *probation* y cómo esta puede influir en la modificación de la estructura y las políticas de la entidad condenada.

Pero sin duda, en tercer lugar, el grupo de normas más importantes de las *guidelines* para organizaciones es el formado por las destinadas a determinar la pena de multa.

La *Sentencing Commission*, después de rechazar alguna propuesta inicial, que no alcanzó el consenso debido y que pretendía que las multas fueran fijadas conforme a la teoría a la «optimal penalty», esto es, exclusivamente, en función de la pérdida causada por el delito y la probabilidad de que el mismo hubiera sido detectado y perseguido<sup>959</sup>, optó finalmente porque dicha fijación se hiciera en función de dos factores fundamentales, uno más tradicional, la gravedad del delito y un segundo más novedoso: la culpabilidad de la organización. En efecto, la Comisión entendió que la determinación de la multa debía tener en cuenta esta culpabilidad institucional, que vendría determinada, fundamentalmente por los pasos dados por la organización antes de la comisión del delito para prevenir y detectar su existencia, por el nivel de

---

<sup>955</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 1, p. p. 20-21.

<sup>956</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 1, p. p. 20-21.

<sup>957</sup>La *Federal Probation Act* fue derogada por la *Sentencing Reform Act* de 1984.

<sup>958</sup>Véase, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 12.02 (versión electrónica).

<sup>959</sup>Véase al respecto, y sobre las razones por las que esta doctrina fue finalmente rechazada, Moore, Jennifer «Corporate Culpability under...», cit., p. p. 780-781; Nagel, Ilene H. y Swenson, Winthrop M., «The Federal Sentencing...», cit., p. p. 217-222.

implicación o tolerancia de la conducta criminal y por su comportamiento después de la comisión de la infracción<sup>960</sup>.

Esta concepción partió de la asunción de tres realidades<sup>961</sup>:

a) La primera, la necesidad de introducir mecanismos correctores en el sistema de imputación vigente. Efectivamente, la vigencia de la doctrina del *respondeat superior* supuso un dilema para la Comisión porque permitía declarar culpable a cualquier entidad, por el mero hecho de que uno de sus empleados hubiera cometido un delito y al margen de cuál hubiera sido el comportamiento de la misma. Era posible, así, castigar a entidades cuyo comportamiento hubiera sido muy diverso. Desde aquéllas que hubieran dado los pasos necesarios para prevenir el delito cometido, hasta aquéllas que no hubieran hecho nada en este sentido; pasando por las que expresamente hubieran aprobado su comisión<sup>962</sup>. Era necesario pues introducir algún mecanismo de corrección para paliar este trato igual a entidades que se habían comportado de una manera completamente diferente porque, si no, difícilmente se iba obtener un *just punishment*, que debía valorar no solo la gravedad del delito, sino también las características del delincuente. Se introduce pues un sistema de determinación de multas que parte de estos dos elementos fundamentales, la gravedad del delito cometido y la culpabilidad de la entidad en la que se comete.

b) La segunda realidad que se asume por la Comisión es que el comportamiento de los directivos de las compañías podía reducir considerablemente la posibilidad de la comisión de infracciones penales en su seno, así como su impacto. Debía fomentarse la denuncia de las infracciones cometidas y la cooperación en su investigación, para facilitar la reparación del daño causado y la identificación de las personas físicas que cometieron el delito, para que también pudieran ser castigadas. En esta línea, los programas de *compliance* debían jugar un papel fundamental<sup>963</sup>. Efectivamente, como explicaba el Juez Richard Conaboy, *Chairman of the United States Sentencing Commission*, en el discurso de bienvenida del segundo simposio que,

---

<sup>960</sup>Véase el informe, *Supplementary Report on Sentencing guidelines for organizations*, cit., p. p. 5-6.

<sup>961</sup>Véase el documento, «Corporate Crime in America: Strengthening the "Good Citizen" Corporation», publicado por la *U.S. Sentencing Commission*, tras la celebración en Washington, en 1995, del segundo simposio sobre delito y castigo en los Estados Unidos. En este documento, se recogen las intervenciones de los participantes y, concretamente, la realizada por Michael Goldsmith, miembro de la Comisión, bajo el título «The organizational Guidelines "Carrot and Stick Philosophy"».

<sup>962</sup>Véase, Nagel, Ilene H. y Swenson, Winthrop M., «The Federal Sentencing...», cit., p. 235. En el mismo sentido, Arlen, Jennifer, «The Failure of the Organizacional Sentencing Guidelines», 66 *U. Miami L. Rev.* 321 (2012), p. p. 324-325.

<sup>963</sup>Véase, el documento, «Corporate Crime in America: Strengthening...», cit., p. 29.



sobre los delitos cometidos por estas entidades, organizó la *Sentencing Commission*, en la ciudad de Washington, en 1995<sup>964</sup>, se partió de la creencia de que, frecuentemente, la comisión de delitos por parte de personas jurídicas o de organizaciones en general, derivaba de la ausencia de modelos de conducta o comportamiento corporativo ajustados a pautas éticas. Por ello, y aun cuando no se pretendía desde luego imponer a nadie cuál debía ser su moral, sí se entendía que estas entidades debían dotarse de una serie de pautas de actuación o programas de cumplimiento, basados precisamente en estándares éticos. El buen funcionamiento de estos programas podía marcar la diferencia en la persecución de estas conductas criminales<sup>965</sup>.

c) En tercer lugar, la Comisión parte de la idea de que las propias *guidelines* podían servir de incentivo para fomentar los comportamientos señalados, estableciendo un sistema donde esos directivos supieran que, frente a lo ocurrido hasta ese momento, el ser un «good citizen» no sería indiferente; porque si la compañía se comportaba conforme a esas pautas éticas, en caso de que se cometieran delitos en su seno, podría ser castigada con menor pena. Y al contrario, si ese comportamiento no se había dado, las penas serían más graves. Es la llamada *Carrot and Stick Philosophy*<sup>966</sup>.

Partiendo, como hemos dicho, de la asunción de estas tres realidades, se diseñan unas normas que, por un lado, sancionan a la persona jurídica delincuente, persiguiendo un justo castigo y una prevención adecuada, pero, por otro, pretenden fomentar el mantenimiento de sistemas internos destinados a la prevención, la detección y la denuncia de conductas criminales. Nacen pues desde un principio con vocación no solo de castigar las conductas

---

<sup>964</sup>Disponible en <http://www.ussc.gov/>.

<sup>965</sup>En la primera parte de este trabajo, expusimos cuándo y cómo comienza a forjarse el concepto de buen ciudadano corporativo y cuándo comienzan a oírse las primeras voces a favor de los modelos de autorregulación. Entonces explicamos que, cuando a primeros de los años noventa se aprueban las *sentencing guidelines*, el modelo de autoregulación más desarrollado era el promovido por el movimiento que denominamos *Defense Industry Initiative* (DII), surgido en el sector de la industria de defensa. Este movimiento, apoyado por varias compañías muy importantes, y sobre la base de las recomendaciones realizadas por una comisión del Congreso Federal, constituida para el estudio de la corrupción en esta actividad económica –*Packard Commission*–, impulsó, entre otros aspectos, la adopción de códigos internos de conducta; el fomento de la formación de los empleados sobre la existencia y aplicación de dichos códigos; o el establecimiento de procedimientos internos para la detección de infracciones penales y su denuncia a las autoridades. Véase, el capítulo correspondiente de este trabajo. También, Laufer, William S., *Corporate Bodies and Guilty...*, cit., p. 33.

<sup>966</sup>Véase el documento, «Corporate Crime in America: Strengthening...», cit., p. 29 (pdf). En este punto, la Comisión siguió, particularmente, las recomendaciones de uno de los grupos de trabajo que colaboraron con ella, el conocido como *Corporate Defense Attorney Working Group*, que urgió a la misma, por un lado, a establecer un sistema que fijara incentivos adecuados para que los directivos de las empresas adoptaran medidas para prevenir los delitos, y por otro, a castigar a aquellas en función de su culpabilidad y del daño causado. Véase, Nagel, Ilene H. y Swenson, Winthrop M., «The Federal Sentencing ...», cit., p. 227.

criminales protagonizadas por las personas jurídicas, sino también de fomentar en ellas la autorregulación destinada a prevenirlas.

Ahondando en esta línea, en el año 2004, se introduce una reforma muy importante para regular concretamente qué elementos debían reunir esos códigos de autorregulación que, a partir de ese momento se denominan *effective compliance and ethics program* y son objeto de una sección especial<sup>967</sup>. Tras esta modificación, que sería perfilada en otra reforma del año 2010, las *guidelines* regulan por primera vez qué debe contener un programa de *compliance* para que pueda ser considerado efectivo y por tanto rebajar la pena porque, aun cuando la existencia de este tipo de programas estuvo prevista desde un principio no es hasta entonces cuando se regulan con detalle y en una sección especial de las *guidelines*<sup>968</sup>.

## 2.2. Su funcionamiento

Expuesto el contexto en el que se gestaron las *organizational guidelines*, así como la filosofía que las inspira y su estructura nos centraremos a continuación más detenidamente en su texto para explicar algo más su funcionamiento y, por tanto, cómo se refleja en la práctica esa filosofía.

### 2.2.1. General Principles

Hemos adelantado que las *guidelines* se aplican a todas las *felonies* y a los *misdeemeanors* clase A. Hemos de concretar asimismo que algunos delitos están excluidos de ellas. Son algunas infracciones contra el medio ambiente, seguridad alimentaria, consumidores, contra la Administración de justicia y contra las normas que regula el control de las exportaciones<sup>969</sup>. La Comisión excluyó estos delitos porque entendió que las ganancias y las

---

<sup>967</sup>Véase, Rakoff, Jed S. y Sack, Jonathan S., *Federal Corporate Sentencing: Compliance...*, cit., § 1.07 (versión electrónica). En el año 2002, tras los primeros diez años de vigencia de las normas, se formó un Grupo de Expertos –the Advisory Group– para analizar la efectividad de las *guidelines*, el cual, durante un período de 18 meses, estuvo abierto a las sugerencias de terceros y se familiarizó con las políticas llevadas a cabo por otras agencias y departamentos públicos. Todo ello en un entorno convulsionado como consecuencia de los primeros escándalos financieros que inauguraron el siglo XXI y dieron lugar a la aprobación de la *Sarbanes-Oxley Act*. El grupo de expertos entregó su informe final en octubre de 2003, la Comisión aprobó las modificaciones de las *guidelines* en abril de 2004 y, remitidas al Congreso, entraron en vigor en noviembre de ese mismo año. Véase, Rakoff, Jed S. y Sack, Jonathan S., *Federal Corporate Sentencing: Compliance...*, cit., § 1.07 (versión electrónica).

<sup>968</sup>Véase, Rakoff, Jed S. y Sack, Jonathan S., *Federal Corporate Sentencing: Compliance...*, cit., § 1.07 (versión electrónica).

<sup>969</sup>Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 8.02 (versión electrónica). También, Thompson, Benjamin y Yong, Andrew, «Corporate Criminal Liability», 49 *Am. Crim. L. Rev.* 489 (2012), p. p. 506-507. Véase asimismo, el informe, *Supplementary Report on Sentencing guidelines for organizations*, cit., p. 7.

pérdidas monetarias, que es el principal criterio para elevar las multas, no reflejaba adecuadamente su gravedad que, a menudo, lleva consigo daños personales no pecuniarios<sup>970</sup>.

Las *guidelines* para organizaciones están comprendidas en el capítulo VIII del *United States Sentencing Commission Guidelines Manual*, y están precedidas de un texto introductorio (previo a una primera parte- parte A-, en la que bajo la rúbrica, *General Application Principles* se fija el ámbito de aplicación de las *guidelines* y se definen y precisan una serie de términos utilizados en el texto). En este texto introductorio, se realizan una serie de consideraciones generales, entre ellas, cuáles son los principios que las inspiran. Cuatro son estos principios:

a) El primero, que el tribunal debe, siempre que sea posible, ordenar a la entidad que remedie el daño causado por el delito. Los recursos destinados a ello no deben ser contemplados como un castigo, sino -dice la norma- como la forma de resarcir a las víctimas por el daño sufrido.

b) El segundo, que si el destino fundamental de la organización es cometer delitos, o esta última opera esencialmente a través de conductas criminales, la multa debe ser lo suficientemente elevada como para privar a la misma de todos sus bienes.

Las *criminal purpose organizations*, según las *guidelines*, son aquellas organizaciones destinadas fundamentalmente a cometer delitos o que conducen su actividad esencialmente a través de conductas ilícitas –*a organization operated primarily for a criminal purpose o primarily by criminal means*-. En estos casos, el *sentencing judge*, que es al que corresponde valorar si la entidad condenada cumple alguna de estas características, le impondrá una multa suficiente para privarla de todos sus bienes. Lo que en la práctica implicará su fin, o si se prefiere, «su muerte»<sup>971</sup>.

---

<sup>970</sup>Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 8.02 (versión electrónica). En estos casos, la pena de multa se individualizará, según disponen las propias *guidelines*, de conformidad con los criterios generales establecidos en la sección § 3553(a) (1) del 18 *U.S.Code*. Existen excepciones a esta regla general, véase, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 8.02.

<sup>971</sup>Véase, Brickey, Katherine F., *Corporate and White Collar...*, cit., p. 684, que se refiere a esta posibilidad con la expresión *corporate death penalty*. En el mismo sentido, Maurer, Ronald J., «The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: How Do They Work and What Are They Supposed To Do? », 18 *U. Dayton L. Rev.* 799 (1993), p. 826.

En este punto conviene aclarar que las *Federal Sentencing Guidelines* no prevén la disolución como una de las penas imponibles a las personas jurídicas. No obstante, las legislaciones estatales suelen prever dicha posibilidad, particularmente para las *corporations*, a través de la revocación de sus *charters*, si las mismas realizan determinadas actividades ilícitas. Es el caso del Estado de Delaware, donde esta revocación puede tener lugar *for abuse, misuse or non use of its corporates powers, privileges o franchises*, y puede ser, acordada por una norma o

Es de destacar que esta posibilidad es considerada lo suficientemente importante por la *guidelines* como para ser elevada a la categoría de principio general.

c) El tercero de estos principios es que el importe de la multa debe estar basado en la seriedad de la infracción cometida y también, como dijimos, en la culpabilidad de la organización. La primera tendrá su reflejo en la mayor de las tres magnitudes siguientes: las ganancias obtenidas por el delito –*pecuniary gain*–, las pérdidas ocasionadas por el mismo –*pecuniary loss*– o la cantidad que fije la propia *guideline* como punto de partida según el delito de que se trate –*offense level fine*–.

La culpabilidad de la organización, por su parte, vendrá determinada por seis factores que el Tribunal sentenciador debe considerar.

Cuatro de ellos pueden aumentar la pena y son<sup>972</sup>:

1. La implicación que la entidad haya tenido en la actividad criminal o su tolerancia ante la misma. Se entenderá que ello concurre, cuando un alto directivo, sea de la entidad en su conjunto –*individual within high-level personnel of the organization*–, o sea de uno de los departamentos o secciones de negocio en los que estuviera dividida, haya participado, perdonado o ignorado conscientemente el delito<sup>973</sup>; o bien cuando existiera una cierta permisividad generalizada frente a tales conductas, sea en la organización en su conjunto, sea en la unidad o sección donde ésta haya tenido lugar. A estos efectos además, se distingue según el número de empleados que tenga la persona jurídica, considerándose la conducta más grave cuando mayor sea dicho número.

2. La «historia de la entidad», valorándose la comisión previa de otros delitos, pero, también, la imposición de sanciones civiles o administrativas.

---

instada por el Fiscal General ante el *Court of Chancery*. Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., p. 686.

<sup>972</sup>Véase al respecto, además del texto introductorio del capítulo, las disposiciones que componen la regla § 8C2.5 –*Culpability Score*–.

<sup>973</sup>La expresión «*individual within high-level personnel*» incluye, si nos referimos a la entidad en su conjunto, a aquellas personas que tienen un poder de control sustancial sobre la misma o juegan un papel importante en la elaboración de su política; pero también, a aquél que tenga una participación relevante en su propiedad.

3. El hecho de que el delito se haya cometido como consecuencia de la vulneración de una orden o resolución judicial, o con vulneración de una condición impuesta mientras estuviera *on probation*.

4. La existencia de posibles comportamientos que pudieran interpretarse como de obstrucción a la justicia; ocurran durante el proceso de acusación, durante el juicio o incluso durante la fase de individualización de la pena.

Por el contrario son factores que pueden rebajar la pena<sup>974</sup>:

1. La denuncia inmediata de los hechos, la cooperación prestada para su investigación y el reconocimiento y aceptación de responsabilidad.

2. La existencia de un efectivo y ético programa de *compliance*, lo que exigirá, según se define en el propio texto<sup>975</sup>, la existencia de procedimientos eficaces para la prevención y detección de los delitos; pero, también, la promoción de una determinada cultura corporativa, que favorezca los comportamientos éticos y el cumplimiento del derecho.

d) El cuarto y último principio general que inspira las *guidelines* hace referencia a la *probation*, que, será una pena adecuada para las organizaciones cuando su imposición sea precisa para asegurar o la ejecución de otra sanción, o la adopción, dentro de la entidad, de las medidas para reducir la probabilidad de que, en el futuro, se cometan nuevos delitos.

### **2.2.2. En particular, la determinación de la pena de multa**

Al margen de las demás sanciones que pueden ser impuestas a las entidades, como son las *restitution* o *remedial orders*, la prestación de servicios a la comunidad o la obligación de notificación a las víctimas de la existencia de la condena y de su alcance, la sanción pecuniaria por excelencia, la multa, ocupa un papel fundamental, y una parte importante de las *organizational guidelines* se dedica a cómo ha de determinarse.

---

<sup>974</sup>Capítulo Octavo, texto introductorio, y regla § 8C2.5

<sup>975</sup>Regla 8 B2.1, apartado segundo.

El primer paso para fijar una multa es calcular la denominada *base fine*. En efecto, la gravedad de la infracción proporciona una primera cantidad base, que será el resultado de combinar la puntuación que a cada delito federal, en función de su seriedad, se le otorga en el capítulo segundo del *Guidelines Manual*, con una lista de importes concretos contenidos en este capítulo octavo. Así, si a un determinado delito le corresponde una puntuación base, por ejemplo de 6, ello supondrá que la cuantía de la pena de multa de la que se ha de partir es de 5.000 dólares; si el nivel fuera de 38 o más, la pena de multa base sería de 72 millones y medio de dólares<sup>976</sup>. Ahora bien si esta cantidad es menor a la de las ganancias obtenidas por el delito o a la de las pérdidas por él causadas, la *base fine* será la mayor de estas tres<sup>977</sup>.

El segundo paso es determinar *el culpability score*. Aquí es donde entran en funcionamiento esos factores puestos de manifiesto en el apartado anterior, que marcan la culpabilidad de la entidad y que fundamentan su pena, aumentando o disminuyendo la misma. La existencia y entidad de los mismos conducen a una serie de multiplicadores, que se aplican sobre la *base fine* y permiten hallar cuál sería el importe mínimo imponible y cuál sería el máximo.

Una vez que han quedado fijados estos márgenes –*guideline fine range*–, el juez fija, dentro de ellos, la pena concreta. Para ello deberá tener en cuenta<sup>978</sup>: la necesidad de que la pena refleje la gravedad del delito, promueva el respeto por el Derecho, suponga un justo castigo, tenga un efecto disuasorio adecuado y proteja a terceros frente a futuros delitos por la misma entidad; el papel de la propia entidad en la comisión del delito; cualquier consecuencia colateral derivada de la condena, incluyendo las obligaciones civiles que pudieran derivar del comportamiento de la entidad; cualquier pérdida no pecuniaria causada por el delito o que pudiera causarse como consecuencia de él; la presencia de una víctima especialmente vulnerable; en el caso de que un directivo hubiera participado o ignorado el delito, si este tenía antecedentes penales; cualquier ilícito civil o penal que previamente hubiera sido cometido por la entidad, distinto del ya valorado hasta ese momento; el hecho de que el *culpability score* arroje una puntuación superior a diez o inferior a 0; la concurrencia parcial de alguna de las condiciones que pueden agravar o mitigar la pena de conformidad con ese *culpability score*;

---

<sup>976</sup>Regla § 8C2.4, apartado d).

<sup>977</sup>Regla § 8C2.4, apartado a). En el año 2010, el importe medido de las multas impuestas a las personas jurídicas fue de 16 millones de dólares. La más alta fue impuesta a una compañía farmacéutica y ascendió a 1,2 billones de dólares. Véase, Brickey, Kathleen F., «Perspectives on Corporate...», cit., p. 26.

<sup>978</sup>Regla § 8C2.8.

cualquier otro factor incluido en la sección 3572(a) del Título 18 del *U.S. Code*<sup>979</sup>; o, por último, si la entidad tenía o no en vigor, al tiempo de cometerse la infracción de la que deriva la pena, un programa efectivo de *compliance* de conformidad con las consideraciones que a estos efectos se fijan en la sección § 8B2.1<sup>980</sup>.

### **2.3. *Effective and Ethic programs*. La Sección §8 B2.1 de las *guidelines***

Las *guidelines* para personas jurídicas dedican a los programas de *compliance*, o más exactamente a los denominados *effective compliance and ethics programs*, una sección completa, la § 8B2.1 del capítulo octavo, que fue modificada sustancialmente en el año 2004, después de los escándalos financieros del año 2002, para concretar qué elementos se podían tener en cuenta a la hora de valorar la efectividad real de estos programas<sup>981</sup>, porque, sólo si son realmente efectivos, harán a la entidad mecedora de una menor pena<sup>982</sup>.

En efecto, estamos analizando las normas que regulan la determinación de la pena y en ellas los programas de cumplimiento<sup>983</sup> funcionan como un mecanismo de atenuación de la sanción. Su existencia es uno de los factores que junto con otros, como la colaboración con las autoridades en la investigación del delito o la trayectoria anterior de la entidad, permiten graduar la culpabilidad de la organización y con base en ella fijar la pena. Esta culpabilidad pues, la de la entidad, determinada entre otros factores, aunque muy especialmente, por la tenencia de estos programas (que pueden conducir a una rebaja del importe de la multa de hasta un 95%<sup>984</sup>) se convierte, en esta fase del proceso, en la medida de la sanción.

---

<sup>979</sup>Es esta la norma que explicamos cuando expusimos las finalidades de la pena.

<sup>980</sup>Para una exposición más detallada de cada uno de los pasos destinados a fijar la pena concreta en cada caso, véase, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., capítulos § 9, § 10 y § 11 (versión electrónica). También, Rakoff, Jed S. y Sack, Jonathan S., *Federal Corporate Sentencing: Compliance...*, cit. § 1.05 y § 2, § 3 y § 4 (versión electrónica).

<sup>981</sup>Véase, Rakoff, Jed S. y Sack, Jonathan S., *Federal Corporate Sentencing: Compliance...*, cit., § 1.06 (versión electrónica); también, Goodman, Amy L., Schwartz, Bar y Haas, Steven M., *Corporate Governance: Law and Practice*, Matthew Bender & Company, 2013, § 13.02 (versión electrónica). En el mismo sentido, Lipman H., Abigail, «Corporate Criminal...», cit., p. 374. También, Newman, David y Weissmann, Andrew, «Rethinking Criminal...», cit., p. 447; o Wellner, Philip A., «Effective Compliance Programs...», cit., p. p. 506-507.

<sup>982</sup>Antes del colapso de la compañía *Enron*, su programa de *compliance* había sido calificado por algunos como «as *state-of-the-art*», esto es, como «el último grito» en el sector. Véase sobre el particular, Wellner, Philip A., «Effective Compliance Programs...», cit., p. 498.

<sup>983</sup>El nuevo artículo 31 bis del Código Penal (según la redacción dada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que entrará en vigor el 1 de julio de 2015) se refiere a los requisitos que deben cumplir estos programas en el apartado cinco con la denominación de modelos de organización y gestión.

<sup>984</sup>Eastman, Lindsay, K., «Note. Revising the Organizational Sentencing...», cit., p. p. 1625-1626; también, Fiorelli, Paul y Tracey, Ann M., «Why Comply? Organizational Guidelines Offer a Safer Harbour in the Storm», 32 *J. Corp. L.* 467 (2007), p. 467.

Estos programas de cumplimiento, como punto de partida, deben implicar en todo caso, el ejercicio de la diligencia debida en la prevención y detección de conductas criminales, y, además, la promoción de una cultura corporativa que favorezca un comportamiento ético y un compromiso con el cumplimiento de la Ley. Pero, además, fundamentalmente, deberán ser efectivos.

Para valorar esta efectividad, los elementos a tener en cuenta serán los siguientes<sup>985</sup>:

a) El conocimiento y control que los directivos de la entidad tenga del programa en cuestión; así como el nombramiento, entre estos directivos, de una persona concreta para que asuma la responsabilidad sobre dicho programa; responsabilidad que deberá ejercer con la debida diligencia.

b) La designación de personal específico que sea el encargado de controlar, en el día a día de la entidad, el cumplimiento del programa diseñado, así como la elaboración por su parte de informes periódicos sobre su desarrollo y ejecución; valorándose a estos efectos si se les ha dotado de los recursos y medios adecuados para desarrollar su labor y para comunicarse con la dirección de la entidad.

c) La no presencia, entre los cargos directivos de la organización, de personas implicadas en el pasado en actividades ilegales o, en general, en actividades no compatibles con el programa de cumplimiento diseñado; siempre que dicha implicación hubiera sido conocida por la entidad o hubiera debido ser conocida empleando la debida diligencia.

d) La difusión y comunicación adecuada, entre todo el personal de la organización, del contenido del programa diseñado; incluyendo cursos formativos sobre los deberes y responsabilidades que pudieran derivarse de él.

e) La existencia de un auténtico control interno sobre el cumplimiento del programa, incluyendo la realización de auditorías internas para detectar la comisión de delitos y la evaluación periódica sobre su efectividad. En esta línea, se tendrá en cuenta la existencia de evaluaciones periódicas sobre los riesgos penales que afronta la organización, así como la

---

<sup>985</sup>Regla § 8B2.1, apartado b.



realización, en el programa de *compliance*, de los cambios que demande la reducción de estos riesgos.

f) El establecimiento de mecanismos internos que, garantizando el anonimato y la confidencialidad, permitan a cualquier empleado denunciar la comisión de algún delito o solicitar información al respecto, sin miedo a sufrir represalias.

g) La existencia de medidas disciplinarias adecuadas cuando se haya cometido alguna conducta ilícita o cuando no se haya actuado debidamente para prevenirla.

h) El comportamiento de la entidad una vez detectada la comisión del delito y la respuesta ante el mismo, valorándose la introducción de las modificaciones necesarias en el propio programa de *compliance*. A estos efectos, se tendrá en cuenta que la entidad haya dado los pasos que sean razonablemente necesarios, según las circunstancias concurrentes, para reparar el daño causado por el delito, sea mediante la indemnización de las víctimas conocidas, sea mediante otras formas de reparación; y también para denunciarlo y colaborar con las autoridades en su investigación. En cuanto a la introducción de las modificaciones que sean necesarias en el programa existente, se prevé la posibilidad de que, con este fin, se haga uso de personal externo que preste el debido asesoramiento sobre qué modificaciones podrían ser necesarias<sup>986</sup>.

Pues bien, si tras valorar los elementos expuestos, el juez concluye en consecuencia, que el programa de *compliance* era realmente eficaz, aplicará el correspondiente factor de

---

<sup>986</sup>El nuevo artículo 31 bis del Código Penal (según la redacción dada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que entrará en vigor el 1 de julio de 2015) regula, en su apartado cinco, los requisitos que deben cumplir estos programas, que denomina modelos de organización y gestión, para que su tenencia pueda dar lugar a que una persona jurídica quede exenta de responsabilidad penal en los casos previstos en el citado precepto. Estos requisitos son los siguientes: identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos; establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos; dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos; impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención; establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo; realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios. El paralelismo con las previsiones de las *guidelines* es evidente aun cuando los efectos de la concurrencia de todos estos presupuestos serán bien distintas, pues, en el ordenamiento español, cumpliéndose los demás requisitos previstos en ese nuevo artículo 31 bis del C.P., la tenencia de uno de estos programas puede dar lugar a que la persona jurídica no sea penalmente responsable.

reducción para el cálculo de la multa, y ello aunque el delito en cuestión se hubiera cometido durante la vigencia de dicho programa, porque ello no será prueba, por sí, de su ineficacia. Ahora bien, no obstante estar presente dichos elementos, no se aplicará factor alguno de reducción: si después de cometido el delito y conocida su comisión por la entidad, se retrasara injustificadamente la comunicación de lo ocurrido a las autoridades competentes; o si dicho delito hubiera sido cometido, autorizado, tolerado o ignorado conscientemente por un directivo, sea de la entidad en su conjunto, sea de una de sus secciones o departamentos independientes<sup>987</sup>.

En este último caso, esto es, cuando el delito hubiera sido autorizado, tolerado o ignorado conscientemente por un directivo de la entidad o de uno de sus departamentos, sí podrá aplicarse el citado factor de reducción si la entidad acredita<sup>988</sup>: que existe una persona concreta, dentro del personal encargado de la ejecución del programa del *compliance*, con la obligación de informar personalmente a los más altos órganos directivos de la entidad -consejo de administración o equivalente-, sobre la implementación y desarrollo del programa de *compliance* en general (lo que deberá hacer como mínimo con una periodicidad anual) o sobre la comisión o posible comisión de delitos concretos; si el programa ha permitido la detección del delito antes de que fuera descubierto o hubiera podido ser descubierto por alguien externo a la organización; si la organización, una vez detectado, lo denunció inmediatamente a las autoridades; y, por último, si nadie del personal encargado de la ejecución del programa de *compliance* participó, perdonó o toleró conscientemente la comisión del delito por el directivo en cuestión.

En definitiva, si la entidad pretende que su programa de *compliance* pueda graduar su culpabilidad, no sólo cuando la infracción delictiva haya sido cometido por cualquiera de sus empleados, sino también, cuando haya sido cometida por su personal directivo, dicho programa deberá ser especialmente exigente en varios aspectos<sup>989</sup>: en la rapidez en la detección y denuncia del delito a las autoridades; en el establecimiento de mecanismos que eviten la implicación del propio personal encargado de la ejecución del programa de *compliance* en la ejecución de conductas ilícitas; y en el establecimiento de adecuados mecanismos de comunicación entre este personal y la dirección de la entidad al más alto nivel.

---

<sup>987</sup>Regla 8C2.5, apartado f).

<sup>988</sup>Regla 8C2.5, apartado c) y comentarios explicativos.

<sup>989</sup>Véase sobre el particular, McGreal, Paul E., «Corporate Survey...», cit., p.128.

### 3. El impacto de las *guidelines* para organizaciones

Las *sentencing guidelines* para organizaciones han tenido un efecto muy importante en la persecución penal de las personas jurídicas en los Estados Unidos. Por supuesto han supuesto una agravación considerable de las penas imponibles y una cierta uniformidad en su imposición, tal como pretende, con carácter general, el propio concepto de las *guidelines*<sup>990</sup>. Pero su impacto, como se infiere en parte de la consideraciones realizadas sobre cuál es la filosofía que las inspira, va mucho más allá. En efecto, las mismas han logrado que el foco de atención y, con ello el debate se desplace, desde la persona física que comete el delito a la entidad, y particularmente, a su culpabilidad como organización.

#### 3.1. La culpabilidad de la organización

Las *guidelines* han hecho posible, en primer lugar que, en esta fase del proceso destinada a la de la determinación de la pena, la culpabilidad de la organización se convierta en medida de la sanción.

Efectivamente, como adelantamos al principio de este capítulo, en el proceso penal de los Estados Unidos existen dos fases completamente diferenciadas. La primera es el juicio oral. En ella un jurado deberá declarar, tras la práctica de la prueba correspondiente, aplicando los criterios de imputación que hemos explicado, preferentemente la doctrina del *respondeat superior*, que la persona jurídica es responsable del delito en cuestión, es decir, que en el caso concreto concurre el *actus reus* y el *mens rea*. Respecto a este último elemento, la pregunta a contestar en el juicio será sencillamente si en la persona física que cometió el hecho concurrió o no el *state of mind* exigido por la ley para la comisión del delito de que se trate, el cual, como

---

<sup>990</sup>La condena penal de una persona jurídica, además de la imposición de las correspondientes sanciones penales, puede llevar aparejada otras muchas consecuencias colaterales, en ocasiones con un impacto económico mucho mayor. Entre estas, pueden señalarse las siguientes: la imposición de sanciones civiles, que pueden ser incluso más graves que las multas penales; la imposibilidad de obtener contratos gubernamentales y la suspensión de los que estén en marcha, así como la prohibición de obtener otros beneficios públicos o de participar en programas de la misma naturaleza; la pérdida de licencias para el ejercicio de determinadas actividades; el ejercicio contra la entidad de toda una serie de demandas civiles, desde las ejercidas por los perjudicados por la violación de la normativa federal de que se trate (cuando así lo permita expresamente la ley) hasta las que, amparadas en el Derecho estatal, pueden ejercer contra la organización condenada los accionistas, por los daños, que dicha condena haya provocado a la entidad. Es posible además que la condena penal de la entidad de lugar al ejercicio de acciones por responsabilidad civil contra los directivos de la persona jurídica que toleraron la conducta delictiva o no la previeron debidamente. De la posible responsabilidad de la entidad y de sus administradores por la condena de la primera nos ocuparemos en su momento. Véase sobre estos extremos, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 13.2, 13.3, 13.4, 13.5, 13.8 y 13.9 (versión electrónica).

explicamos, será atribuido a la persona jurídica<sup>991</sup>. Si la respuesta es afirmativa y la persona jurídica es, en consecuencia, declarada *guilty*, se inicia una segunda fase procesal, ya sin Jurado y ante un juez distinto de aquél que ha dirigido el Juicio.

En esta segunda fase procesal, ya no se trata de determinar si la persona jurídica es o no responsable por el hecho, porque esta responsabilidad ya ha sido declarada, sino qué castigo merece; y para ello, deberá ser examinada, de una manera más amplia, su culpabilidad<sup>992</sup>. Y este examen se realizará mediante la aplicación de los criterios que hemos expuestos; los cuales, dado su contenido, se refieren a aspectos propios de la organización misma, que no de la persona física que cometió el hecho, como son sus antecedentes, su aceptación de responsabilidad o la existencia de un programa de *compliance*<sup>993</sup>. Podemos afirmar, pues, que esa culpabilidad de la organización, que, según las *sentencing guidelines*, el juez está llamado a valorar en esta fase, es una culpabilidad genuina de la organización<sup>994</sup>, al margen de la que corresponda, en su caso, a las personas físicas implicadas.

De esta forma se tratan de paliar, aun cuando sea en esta fase y puede que de manera insuficiente, los excesos de la doctrina del *respondeat superior*. Todas las personas jurídicas no serán tratadas de la misma manera, al margen de cuál haya sido su comportamiento antes de la comisión del delito. Los esfuerzos realizados para su prevención serán valorados para graduar su culpabilidad y, con ello, su pena.

Esta culpabilidad de la organización se graduará en función de que la persona jurídica se haya dotado o no de un adecuado programa de *compliance*, en definitiva, de una adecuada estructura organizativa interna que le permita adecuar su comportamiento al Derecho, pero también en función de otros factores más «tradicionales», como la historia criminal de la entidad o cualquier comportamiento de la misma destinado a obstaculizar la marcha de la Justicia. Tales factores siempre ha estado presentes y están más relacionados con esa concepción consagrada en el Derecho estadounidense<sup>995</sup>, a la que hicimos referencia al examinar la sentencia *Brooker*, según la cual, el juez debe valorar, en esta segunda fase del proceso, para imponer la pena,

---

<sup>991</sup>Véase al respecto, Moore, Jennifer, «Corporate Culpability under...», cit., p. p. 750-751.

<sup>992</sup>Véase al respecto, Moore, Jennifer, «Corporate Culpability under...», cit., p. 750.

<sup>993</sup>Laufer, William S., *Corporate Bodies...*, cit., p. 63.

<sup>994</sup>Véase al respecto, Laufer, William S., *Corporate Bodies...*, cit., p. p. 63-65.

<sup>995</sup>*Williams v. New York*, 337 U.S. 241 (1949).

cualquier información o dato disponible que sea relevante a estos efectos, haya sido o no objeto de debate y prueba en el acto del juicio.

### **3.2. La generalización de los programas de cumplimiento**

#### **3.2.1. Una realidad indiscutible: Su proliferación**

En íntima conexión con las consideraciones anteriores es evidente que las *guidelines* para organizaciones han generalizado la implementación y desarrollo por parte de las empresas de programas de cumplimiento. La proliferación en el mundo empresarial de este tipo de programas, como la de los profesionales que se dedican a su elaboración es un hecho indiscutible.

La reducción de penas que las *guidelines* permiten por la tenencia de estos programas, como la posibilidad, a la que luego nos referiremos, de que este hecho pueda ser valorada por la Fiscalía para no formular acusación, son incentivos lo suficientemente importantes como para que las entidades se tomen muy en serio la elaboración y desarrollo de estos programas. Estos, por otro lado, si pretenden conseguir uno u otro objetivo deberán ajustarse, como mínimo, a las pautas marcadas por las propias *guidelines*, que pivotan en torno a dos ideas fundamentales: el programa debe ser diligente en la prevención y detección de las conductas criminales y debe promover una cultura corporativa que incentive el comportamiento ético y el cumplimiento del Derecho.

Una y otra declaración general, deben traducirse, a su vez, en síntesis, en lo siguiente: a) la organización debe establecer mecanismos adecuados para la prevención y detección de las conductas criminales; b) los administradores de la entidad deben por supuesto conocer el programa pero también supervisar su cumplimiento, debiendo ser uno de los altos directivos de la empresa quien asuma la máxima responsabilidad en este sentido, sin perjuicio de la designación de personal específico que se ocupe de ejercer día a día ese control, del que, en cualquier caso, deberá dar cuenta a la dirección de la entidad; c) la entidad debe asegurarse de que entre sus cargos directivos no hay personas implicadas en el pasado en actividades ilegales o, en general, en actividades no compatibles con el programa de cumplimiento que se haya diseñado; d) además de la fijación inicial de los riesgos penales que exige la elaboración de cualquier programa de cumplimiento, deberá existir un control periódico sobre su evolución

introduciéndose los cambios que, en su caso, fueran necesarios; e) deberá preverse asimismo la formación del personal de la entidad sobre cuáles son los deberes y responsabilidades que se derivan del programa de cumplimiento; f) estos programas deberán incluir, tanto mecanismos internos que, garantizando el anonimato y la confidencialidad, permitan a cualquier empleado denunciar la comisión de algún delito o solicitar información al respecto sin miedo a sufrir represalias, como medidas que, por un lado, incentiven el cumplimiento del programa, y por otro castiguen disciplinariamente a los infractores; y g) la organización, una vez detectada la infracción, debe colaborar con las autoridades denunciando los hechos, y llevando a cabo, en su caso, su propia investigación, tratando de paliar el daño causado e introduciendo en el programa de cumplimiento las modificaciones necesarias para evitar su reiteración en el futuro<sup>996</sup>.

Asimismo, para la implementación práctica de todos estos requerimientos, deberá tenerse en cuenta la actividad concreta que desarrolle la entidad y también su tamaño, pues bien distintas serán las necesidades al respecto de una gran corporación comparadas con las de una empresa familiar. De hecho, una y otra circunstancia son tenidas en cuenta en las *guidelines* como factores a valorar para concluir si el programa de cumplimiento es o no eficaz. Particularmente, con relación a la actividad concreta que desarrolle la empresa, las *guidelines* fomentan que se tengan en cuenta los estándares de buenas prácticas que hayan sido establecidos por los organismos reguladores correspondientes o, incluso, por entidades privadas; hasta el punto de que si no se han incorporados estos estándares, ello afectará negativamente a la evaluación de la eficacia del programa. Se fomenta de esta manera una cierta uniformidad sobre cuál es la diligencia debida que, en la prevención y detección de las conductas criminales se exige a las empresas, que puede ser de gran ayuda a la hora de evaluar la eficacia de los programas de cumplimiento<sup>997</sup>.

---

<sup>996</sup>Regla § 8B2.1. Las *guidelines* no incluyen normas relativas al contenido de los códigos de conducta pero, sin duda, estos deberán ser una parte importante de estos programas, que tienen, precisamente, como una de sus dos finalidades principales, promover un comportamiento ético. Una referencia expresa a la necesidad de que los programas de *compliance* incluyan estos códigos éticos la encontramos en la guía de la FCPA. En ella la Fiscalía y la SEC declaran que son la base sobre la cual se construye el *compliance program*. No se hace alguna recomendación concreta sobre su contenido, pero sí se destaca que los más efectivos deberán ser claros, concisos y accesibles a todos los empleados y a todos aquellos que actúan en nombre de la empresa. Véanse, las p. p. 57-58 de este documento.

<sup>997</sup>Entre los organismos públicos y agencias federales que han publicado sus propios modelos de programas de cumplimiento, pueden mencionarse los siguientes: la *Office of Inspector General* (OIG) del *Federal Department of Health and Human Services* (HHS) que ha desarrollado varias guías y modelos en el campo del *Health Care*; la *Federal Environmental Protection Agency*; los distintos organismos reguladores del sector financiero, que han publicado en su campo diversos modelos, entre ellos y especialmente, aquellos destinados a prevenir y detectar el blanqueo de capitales; o la *Securities and Exchange Commission*, que ha desarrollado la misma tarea respecto a las empresas que cotizan en bolsa. Asimismo, también en el sector privado se han multiplicado las guías y modelos publicados por distintas asociaciones empresariales o de otra índole. Es el caso, entre otros muchos, de la

Con respecto a estos últimos y al fenómeno de su proliferación, cabe, por último, destacar, que no solo la entidad, como organización, tendrá interés en desarrollarlos e implementarlos, cumpliendo las pautas que hemos expuesto para así reducir su pena o, como hemos dicho, evitar incluso el proceso penal, sino que sus directivos tendrán también un interés «muy personal» en que ello sea así. En efecto, como desarrollaremos más ampliamente en el capítulo de este trabajo dedicado a la responsabilidad de los administradores, los directivos que no hayan implementado este tipo de programa o que, habiéndolo hecho, no hayan supervisado debidamente su correcto funcionamiento, podrán, de conformidad con una doctrina jurisprudencial consolidada, afrontar responsabilidades civiles personales si la entidad es finalmente condenada por la comisión de algún ilícito.

Esta línea jurisprudencial, por otro lado, emanada de los muy influyentes Tribunales del Estado de Delaware, iniciada en la sentencia dictada en el caso *Caremark Int'l Deriv. Litig*<sup>998</sup> y confirmada posteriormente en *Stone ex rel. Am South Bancorporation v. Ritte*<sup>999</sup>, no es en modo alguno ajena a la publicación de las *guidelines*<sup>1000</sup>. En la primera de estas sentencias, el propio Tribunal se refiere expresamente a ellas y declara haber valorado su publicación a la hora de pronunciarse sobre qué responsabilidad debían asumir los administradores, pues no podía obviar la regulación que en ellas se hacía de los programas de cumplimientos<sup>1001</sup>.

### 3.2.1. Una realidad discutible: su eficacia

Si la proliferación de los programas de cumplimiento es una realidad indiscutible, más controvertida es la cuestión de si estos, a los que las *guidelines* unen el término *ethics*, han supuesto realmente una concienciación de las compañías sobre la necesidad de ajustar sus comportamientos a pautas éticas y, con ello, una reducción de los ilícitos derivada de esta interiorización.

---

denominada *Open Compliance and Ethics Group* (OCEG), una organización sin ánimo de lucro que ayuda a otras organizaciones, entre otras tareas, al desarrollo de estos códigos de conducta. Véase al respecto, y para una exposición más detallada del contenido de estos y de otros modelos, Goodman, Amy L., Schwartz, Bar y Haas, Steven M., *Corporate Governance: Law and Practice*, cit., § 13.02 (versión electrónica); Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit. § 14.3 (versión electrónica).

<sup>998</sup>*In re Caremark Int'l Inc. Deriv. Litig.*, 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996).

<sup>999</sup>*Stone ex rel. AmSouth Bancorporation v. Ritte*, 911 A.2d 362 (Del. 2006). En el mismo sentido, la sentencia dictada en *In re Walt Disney Co. Derivative Litigation*, 906 A.2d 27 (2006).

<sup>1000</sup>Schwartz, Irwin «Toward improving the Law and Policy of ...», cit., p. p. 106-107. También, Goodman, Amy L., Schwartz, Bar y Haas, Steven M., *Law and Practice*, cit., § 13.02 (versión electrónica).

<sup>1001</sup>Véase, Schwartz, Irwin «Toward improving the Law and Policy of ...», cit., p. p. 106-107.

Patti B., Saris, *Chief Judge* de la *Sentencing Commission*, en el *12th Annual Compliance & Ethics Institute*, celebrado en Washington, en octubre de 2013, se mostraba claramente partidaria de que las *guidelines* habían conseguido efectivamente mejorar el comportamiento de las entidades. Proclamaba así su éxito, haciendo, entre otras, la siguiente declaración: «Volviendo la vista atrás sobre los últimos 20 años, creo que es claro que ha tenido lugar una transición desde una situación en la que la criminalidad de las empresas era, fundamentalmente, una preocupación de la autoridades, a otra en la que éstas se han implicado en el establecimiento de políticas y regulaciones internas destinadas a erradicar los comportamientos ilícitos e ilegales»<sup>1002</sup>.

En la misma línea, al menos parcialmente, se pronunciaba, en un informe publicado un año antes, con ocasión del vigésimo aniversario de las *guidelines*, el *Ethics Resource Center*<sup>1003</sup>. En él, aun cuando se reconocía que todavía quedaban pendientes retos importantes, se afirmaba que los programas de cumplimiento, basados en estas normas federales, fomentaban culturas corporativas éticas; de forma que, en aquellas entidades que se habían dotado de estos instrumentos, se observaba un número menor de conductas ilícitas<sup>1004</sup>.

En el año 2011, esta misma entidad había publicado una encuesta realizada entre más de 3000 trabajadores, según la cual, éstos eran más proclives a denunciar ilícitos cuando la empresa tenía una «ethical culture» y un programa de cumplimiento que incluyera estándares de conducta<sup>1005</sup>. En el 2013, una encuesta similar, también del *Ethics Resource Center*, ponía de manifiesto que de los trabajadores que habían denunciado comportamientos ilícitos en sus empresas, el 88% pertenecía a entidades cuyas políticas, en este ámbito, aún eran débiles.

Esta posición, favorable a que los programas de cumplimiento y los códigos de conductas en ellos incluidos fomentan realmente un comportamiento ético de las entidades, disminuyendo así el número de ilícitos<sup>1006</sup>, ha sido sin embargo contestada desde algunos

---

<sup>1002</sup>Disponible en [www.ussc.gov/](http://www.ussc.gov/)

<sup>1003</sup>El *Ethics Resource Center* es una organización sin ánimo de lucro, la más antigua en su campo en los Estados Unidos, que se ocupa de investigar y valorar si el comportamiento de las instituciones públicas y privadas cumple unos principios éticos mínimos. Véase, sobre esta entidad, la información facilitada en <http://www.ethics.org/>.

<sup>1004</sup>El informe lleva por título, «The Federal Sentencing Guidelines for Organizations at twenty years. A Call to Action for More Effective Promotion and Recognition of Effective Compliance and Ethics Programs», disponible en <http://www.ethics.org/resource/federal-sentencing-guidelines-organizations-twenty-years>.

<sup>1005</sup>Goodman, Amy L., Schwartz, Bar y Haas, Steven M., *Corporate Governance: Law and Practice*, cit., § 13.02 (versión electrónica).

<sup>1006</sup>Entre los trabajos que han apoyado esta conclusión, véase, Hess, David, «A Business Ethics Perspective on Sarbanes-Oxley and the Organizational Sentencing Guidelines», *105 Mich. L. Rev.* 1781 (2007); Fiorelli, Paul y



sectores. De hecho, tras los escándalos financieros del año 2008, que provocaron una crisis sin precedentes, resulta completamente lógico plantearse si décadas de discusión sobre estos *compliance programs* y *codes of conduct* se ha traducido realmente en esa promoción de una mayor ética en el mundo de la empresa y, con ello, en la prevención de la comisión de delitos en su seno<sup>1007</sup>.

La opinión contraria a que los programas de cumplimiento fomentan realmente, al menos por sí solos, un comportamiento más ético de las entidades y una disminución de los ilícitos en su seno, se apoya en la ausencia de datos empíricos claros sobre si estos programas producen estos efectos<sup>1008</sup>.

En este sentido, en el año 2007, los profesores Kaptein y Schwartz publicaban un trabajo en el que analizaban con detalle los datos que revelaban los estudios que habían tratado de analizar empíricamente la eficacia de estos programas, y concluían que, de los 79 estudios existentes sobre esta materia, un 35% de ellos afirmaba que los códigos de conducta<sup>1009</sup> eran efectivos; un 16%, que la relación a estos efectos era débil; un 33%, que no existía ninguna relación entre estos programas y la prevención de los ilícitos en el seno de la empresa; y un 14% presentaba resultados mixtos. Solo un estudio concluía a su vez, que la tenencia de estos códigos podía ser contraproducente<sup>1010</sup>.

En el año 2011, el profesor Kaptein realizaba un nuevo estudio sobre esta materia, y lo hacía teniendo en cuenta cinco aspectos: la existencia misma de un código de conducta, la

---

Tracey, Ann M., «Why Comply?...», cit; Fiorelli, Paul, «Will U.S Sentencing Commission Amendments Encourage a New Ethical Culture within Organizations?», 39 *Wake Forest L. Rev.* 565 (2004); Murphy, Diana E., «The Federal Sentencing Guidelines for Organizations...», cit.

<sup>1007</sup>Véase, Baer, Miriam H., «Governing Corporate Compliance», *B.C. L. Rev.* 949 (2009), p. p. 949-950.

<sup>1008</sup>En este sentido, Weaver, Gary R., «Encouraging Ethics in Organizations: a Review of Some Key Research Findings», 51 *Am. Crim. L. Rev.* 293 (2014), p. 293; Blount, Justin y Markel, Spencer, «The End of the Internal Compliance World as we know it, or an Enhancement of the Effectiveness of Securities Law enforcement? Bounty Hunting under the Dodd-Frank act's whistleblower provision», 17 *Fordham J. Corp. & Fin. L.* 1023 (2012), p. p. 1044-1045. También, Eastman, Lindsay K., «Note. Revising the Organizational Sentencing...», cit., p. p. 1635-1637.

<sup>1009</sup>A los efectos de este estudio se entiende por código de conducta *-business code-* un documento que establece y desarrolla cuál ha de ser el comportamiento de la compañía en múltiples aspectos, entre ellos y como mínimo, cuál ha de ser el de comportamiento de su dirección hacia la propia empresa, sus accionistas y la sociedad en general. En este sentido para estos autores el adjetivo *ethics* es superfluo y subestima el hecho de que el código no es solo un instrumento que sirve los intereses de la empresa, sino que tiene o debería tener un objetivo más amplio. Véase, Kaptein, Muel y Schwartz, Mark, «The Effectiveness of Business Codes: A Critical Examination of Existing Studies and the Development of an Integrated Research Model», 2007, ERIM Report Series, Reference No. ERS-2007-030-ORG. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=988844>, p. 7.

<sup>1010</sup>Véase, Kaptein, Muel, Schwartz, Mark, «The Effectiveness of Business Codes: A Critical Examination of Existing Studies and...», cit., p. 8. También, Blount, Justin y Markel, Spencer, «The End of the Internal Compliance World as we know it, or an Enhancement of the Effectiveness...», cit., p. 1045.

frecuencia y calidad de las comunicaciones sobre el mismo, su contenido y su implementación en la organización por parte de la dirección<sup>1011</sup>. Sus conclusiones apuntaban, en síntesis, a que la existencia del código, por sí misma, tenía muy poco valor en la prevención de comportamientos no éticos; resultando que, del resto de los aspectos citados, el único que tenía cierta influencia era el comportamiento de la dirección<sup>1012</sup>. Su ejemplo y sus esfuerzos en este sentido sí tenían influencia en el comportamiento ético del resto de los miembros de la organización<sup>1013</sup>.

En esta misma línea, para algunos autores, esta forma de prevenir los delitos en las entidades a través, fundamentalmente, de la creación de estructuras y procesos destinadas a prevenir y detectar la conducta criminal de los empleados y agentes -*compliance-based approach*-, que es el corazón de los programas de cumplimiento tal como los conciben las *guidelines*, es necesaria, porque la mera confianza en el buen hacer de las empresas y sus líderes no basta pero es claramente insuficiente e incompleta<sup>1014</sup>. Es precisa otra aproximación al problema, que se centre en el desarrollo, dentro de la organización, de una cultura ética - *integrity-based approach*- que permita y anime a los empleados a actuar honorable y responsablemente como parte del cumplimiento de las obligaciones sociales que les corresponden, entre ellas, el cumplimiento del Derecho<sup>1015</sup>. En este sentido, para algunos autores, el Derecho Federal y con ello las *guidelines*, solo promueven *cosmetic compliances*, con la intención de obtener sanciones más leves<sup>1016</sup>.

---

<sup>1011</sup>Blount, Justin y Markel, Spencer, «The End of the Internal Compliance World as we know it, or an Enhancement of the Effectiveness...», cit., p. 1045.

<sup>1012</sup>Blount, Justin y Markel, Spencer, «The End of the Internal Compliance World as we know it, or an Enhancement of the Effectiveness...», cit., p. 1045.

<sup>1013</sup>Blount, Justin y Markel, Spencer, «The End of the Internal Compliance World as we know it, or an Enhancement of the Effectiveness...», cit., p. p. 1045-1046.

El papel de los líderes de las organizaciones en el fomento de las culturas y el comportamiento ético de las entidades es citado con frecuencia. En esta línea, las *guidelines* valoran el nivel de implicación de los directivos de la entidad para graduar la culpabilidad de la misma; Weaver, Gary R., «Encouraging Ethics in Organizations...», cit., p. 307.

<sup>1014</sup>Bies, Robert J., «Reducing Criminal Wrongdoing within Business Organizations: The Practice and Political Skills of Integrity», *51 Am. Crim. L. Rev.* 225 (2014), p. 225.

<sup>1015</sup>Bies, Robert J., «Reducing Criminal Wrongdoing within Business Organizations...», cit., p. p. 225-226. En esta misma línea, Weaver, Gary R., «Encouraging Ethics in Organizations...», cit., p. p. 293-294, para quien las *guidelines*, aunque hablan de una «organizational culture that encourages ethical conduct and a commitment to compliance with the law», en realidad, en la práctica, se centran (y en línea con la Fiscalía), en fomentar un sistema basado en el establecimiento de medidas de control para detectar los ilícitos, denunciarlos y castigarlos. Tres notas pues las describen: *direction, detection, and discipline*. También se muestra favorable a que esta es la visión de las *guidelines*, Hasnas, John, «A Context for Evaluating Department of Justice Policy on the Prosecution of Business Organizations: is the Department of Justice Playing in the Right Ball Park?», *51 Am. Crim. L. Rev.* 7 (2014), p. 18.

<sup>1016</sup>Véase Blount, Justin y Markel, Spencer, «The End of the Internal Compliance World as we know it, or an Enhancement of the Effectiveness...», cit., p. p. 1046-1048.

Siendo el marco de discusión el expuesto, en nuestra opinión, es ciertamente muy discutible, si observamos el largo recorrido que en los Estados Unidos han tenido los programas de cumplimiento y los grandes escándalos financieros de los últimos tiempos, que su proliferación haya realmente «convertido» a las empresas en esos «buenos ciudadanos corporativos» a los se aspiraba, a través de una interiorización de una cultura empresarial más ética. Porque si esta hubiera existido realmente, se hubieran podido evitar mucho de los abusos que estuvieron en la génesis de aquellos escándalos.

Lo expuesto no significa, sin embargo, que los programas de cumplimiento no hayan cumplido y estén cumpliendo un papel importante. Su generalización, derivada, en gran medida de su regulación y de los efectos que dicha regulación une a su implementación en las empresas, ha supuesto, cuando menos, como afirma Gruner, una más rápida y eficaz detección de las conductas criminales y, con ello, de su persecución<sup>1017</sup>, porque su efectividad y, por tanto, su capacidad para reducir la pena, dependerá, en buena parte, por un lado, de que establezcan controles internos rápidos y eficaces para la detección de los delitos, incluyendo canales adecuados de denuncia que garanticen el anonimato y la imposición de sanciones disciplinarias no sólo a los infractores, sino a aquellos que no hayan prevenido adecuadamente la infracción; y por otro, del comportamiento de la entidad, una vez detectada la comisión del delito, y especialmente, de cuál sea su colaboración con las autoridades<sup>1018</sup>.

En este extremo, nos parecen interesantes las reflexiones de este mismo autor, para el que las *sentencing guidelines* establecen un modelo en la aplicación del Derecho Penal en el seno de las organizaciones donde, más que penar a estas porque sus órganos de dirección promueven la comisión de delitos, se las castiga porque estos órganos no han sido lo suficientemente diligentes en la prevención y detección de los delitos cometidos por sus empleados<sup>1019</sup>. Así entendido, el Derecho Penal anima a las empresas a servir como un *public trustee*, con responsabilidades en la promoción activa del cumplimiento de la Ley y la

---

<sup>1017</sup>Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 14.1 (versión electrónica).

<sup>1018</sup>En este campo resulta interesante el trabajo de Jennifer Arlen, que analiza la estructura y funcionamiento de las *guidelines* y, particularmente, su sistema de puntuación para fijar la pena, aportando algunos ejemplos prácticos que podrían de manifiesto que las entidades que se dotan de programas de cumplimiento efectivos, denuncian las infracciones y colaboran con las autoridades pueden no obtener sin embargo la atenuación en la pena que como tal se merecerían. Especialmente será así, según esta autora, si en la comisión de la infracción está implicada la dirección de la entidad y esta es de grandes dimensiones porque, si concurren estas circunstancias, el factor de reducción a aplicar es el menor de todos. Aquí precisamente estaría el fallo de las *guidelines*, en no premiar debidamente los comportamientos que se pretenden promover. Véase, Arlen, Jennifer, «The Failure of the...», cit.

<sup>1019</sup>Véase, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 8.8 (versión electrónica).

Administración de Justicia en aquel sector en el que ejerza su actividad<sup>1020</sup>; estando obligada a colaborar con las autoridades, tanto en la prevención de los delitos, como en su castigo cuando estos se hayan cometido<sup>1021</sup>. Por ello, para este autor<sup>1022</sup>, las *sentencing guidelines* han modificado la relación entre la dirección y los empleados en el caso de la comisión de infracciones penales, colocando a unos y otros frecuentemente en posiciones contrarias, dado el interés claro que tendrá la empresa en localizar al infractor, denunciarlo y, en su caso, también sancionarlo disciplinariamente<sup>1023</sup>. La existencia de un sistema interno sancionador es un factor fundamental para valorar la eficacia de un programa de cumplimiento<sup>1024</sup>.

### 3.3. La *probation*: El control judicial sobre la entidad

Un último aspecto nos gustaría destacar respecto a las *guidelines* para organizaciones.

Las *sentencing guidelines* entendieron que la *probation* era una sanción que también debía imponerse a las personas jurídicas. Ello con dos finalidades fundamentales: asegurar el cumplimiento de otro tipo de sanciones que le hayan sido impuestas, particularmente las dirigidas al resarcimiento de la víctimas o a la reparación del daño causado; y evitar en el futuro la comisión por la organización de nuevos delitos, mediante la imposición de cambios o limitaciones en la llevanza de sus actividades.

Concretamente, la entidad deberá quedar sometida a *probation* en los siguientes supuestos<sup>1025</sup>:

a) cuando sea necesario para asegurar el pago de una indemnización, el cumplimiento de una *remedial order* o de algún *community service*; b) cuando en la conducta que motivó la sentencia hubiera estado implicada una persona de un alto nivel en el organigrama de la entidad que, en los últimos cinco años, hubiera estado implicada en una conducta similar; c) si no se hubiera impuesto ninguna multa; y f) cuando sea necesaria para cumplir cualquier otra de las finalidades

---

<sup>1020</sup>Véase, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 8.8 (versión electrónica).

<sup>1021</sup>Véase, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 8.8 (versión electrónica). En la misma línea, véase, Schwartz, Irwin «Toward improving the Law and Policy of ...», cit., p. 106. Para este autor, en los últimos tiempos, y como consecuencia de las *guidelines*, la persecución penal de las personas jurídicas, además de las finalidades más tradicionales (prevenir los delitos, compensar a las víctimas, reconocer la demanda pública de castigo y, después de la caída de *Arthur Andersen*, también la necesidad de proteger a los inocentes de las consecuencias de dicha persecución), persigue una nueva: provocar que la entidades se conviertan en *adjunct investigators* del Departamento de Justicia.

<sup>1022</sup>Véase, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 8.5 (versión electrónica).

<sup>1023</sup>Véase, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 8.5 (versión electrónica).

<sup>1024</sup>Véase, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 8.5 (versión electrónica).

<sup>1025</sup>Véase, Sección § 8D1.1. El periodo de *probation* no podrá exceder los cinco años -§ 8D1.2-.

previstas en la sección 3553(a)(2) del *U.S Code*<sup>1026</sup>. Pero también, cuando la entidad penada tenga cincuenta o más empleados o esté obligada legalmente a tener un *compliance program* y no lo tuviera al tiempo de imposición de la pena; y cuando la medida fuera necesaria para que efectivamente se lleven a cabo cambios en la organización que reduzcan la posibilidad de cometer nuevos delitos.

La *probation* permite que la entidad condenada implante efectivamente un programa de cumplimiento si es que carecía de él, o bien que introduzca en el existente las modificaciones necesarias. Todo ello durante un período en el que estará sometida a control judicial y donde el incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones tiene las consecuencias que indicamos; entre ellas, la imposición de la pena de multa en su importe máximo.

A estos efectos, el juez, siempre que sea razonable, atendiendo a la naturaleza y circunstancia del delito y al historial de la entidad, y no implique una limitación más allá de la necesaria para ejecutar los fines de la pena impuesta, podrá imponer a la entidad cualquier condición durante el período de *probation*<sup>1027</sup>. Entre ellas, las siguientes<sup>1028</sup>:

1. El desarrollo y presentación ante el Tribunal de *un effective compliance and ethics program* conforme con los criterios de las *guidelines*, incluyendo un programa sobre su implementación.

2. La notificación a sus empleados y accionistas, de una manera aprobada por el Tribunal, de su condena y del programa impuesto por el Tribunal.

3. La remisión al Tribunal o al *probation officer* de informes periódicos sobre su situación financiera y su actividad, dando cuenta, en su caso, de la disposición de sus fondos y de los avances en la implementación del *compliance and ethics program*; y la obligación de informar de cualquier acusación penal, demanda civil o administrativa o investigación que se inicie en su

---

<sup>1026</sup>Dice esta disposición lo siguiente: «(2) the need for the sentence imposed: (A) to reflect the seriousness of the offense, to promote respect for the law, and to provide just punishment for the offense; (B) to afford adequate deterrence to criminal conduct; (C) to protect the public from further crimes of the defendant; and (D) to provide the defendant with needed educational or vocational training, medical care, or other correctional treatment in the most effective manner».

<sup>1027</sup>Sección § 8D1.3.

<sup>1028</sup>Véase, Sección § 8D1.4.

contra, o de cualquier cambio sustancial adverso que se produzca en su actividad o en su estado financiero.

5. También puede ser obligada, a su costa, a que sus libros sean examinados por el *probation officer* o por otro experto designado por el Tribunal, así como a permitir que su personal sea interrogado.

Asimismo, si lo que se pretendiera con la imposición de la *probation* fuera la mejora de un programa de cumplimiento existente, la entidad podrá ser sometida a estos efectos, a una auditoria externa que evalúe cuáles son las correcciones que hay que introducir, así como a la supervisión de un monitor que controle la ejecución de las mismas<sup>1029</sup>.

De esta forma, a través de estas medidas, se intenta «rehabilitar» a la entidad y evitar comportamientos delictivos en el futuro. El *United States Attorneys' Manual*, de hecho, recomienda expresamente a los Fiscales que, a las entidades sometidas a *probation*, se les obligue a implementar o reformar su programa de cumplimiento<sup>1030</sup>. En este sentido, la política de la Fiscalía hacia las personas jurídicas enfatiza como objetivos del castigo no solo la prevención (general y especial) sino también la retribución (el castigo debido) y la rehabilitación<sup>1031</sup>.

Así entendida, y con las adecuadas medidas de control para evitar los abusos, la posibilidad de someter a las entidades condenadas a las medidas expuestas nos parece interesante, porque permite la introducción de reformas en su estructura, que evitarán en el futuro la comisión de nuevo delitos. La misma, sin embargo, no ha estado exenta de críticas. Algún autor ha señalado que esta sanción es una forma de «incapacitación» de las personas jurídicas, que limita su libertad y recorta su capacidad de decisión sobre sí misma<sup>1032</sup>.

---

<sup>1029</sup>Véase, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 12.3 (versión electrónica).

<sup>1030</sup>Weismann, Miriam, F., *Corporate Crime & Financial Fraud*, cit., p. 83.

<sup>1031</sup>O'Sullivan, Julie R., «How Prosecutors Apply the "Federal Prosecutions of Corporations" Charging Policy in the Era of Deferred Prosecutions, and What Means for the Purpose of the Federal Criminal Sanction», *51 Am. Crim. L. Rev.* 29 (2014), p. p. 43-44. Sobre la posibilidad de que la rehabilitación pueda ser efectivamente uno de los fines de la pena respecto a las personas jurídicas, véase, O'Sullivan, Julie R., «How Prosecutors Apply the "Federal Prosecutions of Corporations"...», cit., p. p. 43-44. También, Henning, Peter J., «Corporate Criminal Liability and the Potential for Rehabilitation», *46 Am. Crim. L. Rev.* 1417 (2009). En contra de esta posibilidad, Hasnas, John, «A Context for Evaluating Department of Justice Policy on the...», cit., p. 8.

<sup>1032</sup>Véase, Moore, Jennifer, «Corporate Culpability under...», cit., p. p. 794-795.

### III. EL PAPEL DE LA FISCALÍA FEDERAL EN LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

#### 1. Marco general de actuación. El principio de oportunidad

En los Estados Unidos de América, el Fiscal es el único que puede ejercitar la acción penal y decide libremente al respecto, de manera que su actuación está regida por lo que, desde la perspectiva de nuestro Derecho Procesal Penal sería el principio de oportunidad discrecional<sup>1033</sup>.

Así, si decide no formular acusación, esta decisión no está sujeta a control judicial<sup>1034</sup>. Si existen entonces algunas alternativas, entre ellas, las que pueden ser articuladas a través de la institución del Gran Jurado, pero ciertamente no son muy utilizadas<sup>1035</sup>.

---

<sup>1033</sup>López Barja de Quiroga, Jacobo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, cit., p. p. 461-462. Para conocer algunas posiciones de la doctrina norteamericana, véase Kamisar, Yale, LaFave, Wayne R., Israel, Jerold H., King Nancy J. y Kerr, Orin S., *Modern Criminal...*, cit., p. p. 961- 972. Y, en general, sobre el papel actual del Fiscal en el proceso penal de los Estados Unidos, véase, Medwed, Daniel S., *Title Prosecution Complex: America' Race to Convict and Its Impact on the Innocent*, 1ª ed., 2012.

<sup>1034</sup>Saltzburg, Stephen A. y Capra, Daniel J., *American Criminal...*, cit., p. 876. También, sobre la libertad del Fiscal a la hora de decidir si formula o no acusación, véase, Singer, Richard G., *Criminal Procedure II: from bail to jail*, 3ª ed. 2012, p. p. 35-38; Henning, Peter J., Taslitz, Andrew, Paris, Margaret L., Jones, Cynthia E. y Podgor Ellen S., *Mastering Criminal Procedure*, 1ª ed., 2010, vol. 2, p. p. 47-48. Por el contrario, si el Ministerio Fiscal decide retirar su acusación una vez iniciado el procedimiento judicial, la mayoría de las Jurisdicciones Estatales, y también la regulación federal –regla 48 (a) de las *Federal Rules of Criminal Procedure*- sí prevén determinados límites, para así evitar posibles abusos de poder. Véase al respecto, Kamisar, Yale, LaFave, Wayne R., Israel, Jerold H., King Nancy J. y Kerr, Orin S., *Modern Criminal*, cit., p. p. 976-77.

Sobre la ausencia de control judicial en la decisión inicial del Fiscal, resulta muy interesante la conocida sentencia dictada por el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito en el caso *Inmates of Attica v. Rockefeller*, 477 F. 2d. 375 (2d. Cir.1973), donde se rechazó expresamente la posibilidad de que los Tribunales pudieran ordenar al Fiscal que investigara y formulara acusación en un supuesto concreto. El caso que dio lugar a esta resolución judicial tiene su origen en un motín carcelario que se produjo en la prisión de Attica, tras el cual, los internos denunciaron haber sido sometidos por los responsables del centro penitenciario a tratos que vulneraban determinadas disposiciones tanto federales como estatales. Ninguno de los supuestos responsables de estos hechos fue objeto de persecución penal. Véase al respecto, Kamisar, Yale, LaFave, Wayne R., Israel, Jerold H., King Nancy J. y Kerr, Orin S., *Modern Criminal...*, cit., p. 973.

<sup>1035</sup>La Institución del Gran Jurado aparece consagrada en la 5ª Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Según esta norma, toda persona frente a la que se pretenda formular acusación por delitos castigados con más de un año de prisión tendrá derecho a que la acusación que se pretende formular contra él sea revisada y aceptada por el Gran Jurado, formado por un conjunto de ciudadanos legos en Derecho. El origen de esta institución está en el Gran Jurado inglés y responde, históricamente, a un intento de defender al ciudadano frente a posibles acusaciones arbitrarias del acusador público, cuando este se hace con el monopolio de la acusación penal. Pues bien en algunos Estados, esta institución puede ser utilizada en sentido contrario, esto es, no ya para controlar el adecuado ejercicio de la acusación penal sino para promoverlo, y más concretamente, para promover la investigación de determinados delitos ante la inactividad del Fiscal. Para ello, los ciudadanos pueden solicitar su constitución para investigar un delito concreto, o si constituido el mismo a instancia del Fiscal, no están conformes con su actuación, puede solicitar al Fiscal General que se nombre un Fiscal Especial para el caso. Véase sobre el particular, Saltzburg, Stephen A. y Capra, Daniel J., *American Criminal...*, cit., p. 878.

En general sobre esta institución, véase,, Kamisar, Yale, LaFave R. Wayne, Israel, Jerold H., King Nancy J. y Kerr, Orin S., *Modern Criminal...*, cit., p. p. 774-871, y p. p. 1038-1080; Singer, Richard G., *Criminal Procedure II: from bail to jail*, cit., p. p. 55-75; Henning, Peter J.,Taslitz, Andrew, Paris, Margaret L., Jones, Cynthia E. y Podgor

En sentido contrario, sí existen algunos límites constitucionales a la decisión del Fiscal de presentar acusación en un supuesto concreto. Especialmente, como dijo el Tribunal Supremo Federal, en la sentencia dictada en el caso *United States v. Armstrong*<sup>1036</sup>, el ejercicio de su discrecionalidad no puede implicar una vulneración del principio de igualdad de trato incluido en el derecho a un proceso debido consagrado en la Quinta Enmienda, de manera que la decisión del Fiscal no puede basarse, dijo el Tribunal, en la raza, la religión u otra consideración arbitraria<sup>1037</sup>. Pero al margen de estas barreras constitucionales infranqueables la decisión del Fiscal de formular acusación en un caso concreto es, como hemos dicho, libre.

## **2. Los criterios generales de actuación respecto a la acusación de personas jurídicas**

### **2.1. Del *Holder Memo* al *Memorandum Filip***

Siendo el expuesto en los apartados anteriores el marco general de actuación del Fiscal en el proceso penal estadounidense, es fácil concluir que su papel en la persecución penal de las personas jurídicas resulta esencial. De hecho, algunos autores consideran que esta concepción de la acusación pública ha jugado desde un principio un papel fundamental en la evolución y forma de entender la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho estadounidense<sup>1038</sup>; conclusión que puede compartirse fácilmente porque, en definitiva, está en

---

Ellen S., *Mastering Criminal Procedure*, cit., vol. 2, p. p. 23-46. También, Emanuel, Steven L., *Criminal Procedure*, cit., p. p. 349-352.

<sup>1036</sup>*United States v. Armstrong*, 517 U.S. 456 (1996).

<sup>1037</sup>Literalmente dijo el Tribunal: «Of course, a prosecutor's discretion is "subject to constitutional constraints." *United States v. Batchelder*, 442 U.S. 114, 125 (1979). One of these constraints, imposed by the equal protection component of the Due Process Clause of the Fifth Amendment, *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497, 500 (1954), is that the decision whether to prosecute may not be based on "an unjustifiable standard such as race, religion, or other arbitrary classification.»

Si se vulneraran estos principios, el ciudadano perjudicado por la actuación del Fiscal podría formular una demanda contra él. Para que una reclamación de este tipo pudiera prosperar sería necesario, en síntesis, y según los principios establecidos por los Tribunales: en primer lugar, que se presentaran pruebas claras contra la presunción general de que el Fiscal no ha vulnerado la regla de igualdad de trato *-equal protection clause-*; y, en segundo lugar, que se acreditara igualmente que la política seguida por la Fiscalía ha tenido un efecto discriminatorio y está motivada por razones de este tipo, para lo cual se debería acreditar que, en casos similares, individuos concretos, por razón de su raza, no fueron acusados. Un ejemplo en el que se estimó una demanda de este tipo fue el que dio lugar a la sentencia dictada en *United States v. Jones*, 159 F. 3d. 969 (6th Cir. 1998).

<sup>1038</sup>Véase al respecto, Diskant, Edward B., «Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring the Uniquely American Doctrine through Comparative Criminal Procedure» *18 Yale L. J.* 126 (2008). En este trabajo se hace un estudio muy interesante sobre la influencia que la forma de entender el proceso penal ha jugado en la evolución que la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha experimentado en los Estados Unidos, frente a otros países europeos, entre ellos, Alemania. También, Stuntz, William J., «The Pathological Politics of Criminal Law», *100 Mich. L. Rev.*, 505 (2001). Este autor resalta el papel que ha jugado la Fiscalía en la expansión que el Derecho Penal ha experimentado en los Estados Unidos. Se afirma en este trabajo que la historia de este Derecho es la historia de una colaboración tácita entre el legislador y la Fiscalía, que ha generado una expansión progresiva del mismo de la que ambos se han beneficiado y de la que los Jueces han sido, poco a poco, marginados.



sus manos cuándo y cómo exigir responsabilidad<sup>1039</sup>. El conocimiento de los criterios que emplean los Fiscales Federales para decidir en cada caso si formulan o no acusación contra una persona jurídica y la evolución que estos han experimentado es sumamente relevante<sup>1040</sup>.

### 2.1.1. *Holder Memo*

El primer intento por parte de la Fiscalía General de unificar, a nivel federal, las reglas de actuación de los Fiscales en esta materia se produce en junio de 1999, cuando se publican una serie de normas, no vinculantes, para proveer a los Fiscales Federales de los Estados Unidos de un primer marco general con base en el cual decidir si formular o no acusación contra las personas jurídicas<sup>1041</sup> y, concretamente, contra aquellas dedicadas a la actividad empresarial y de los negocios<sup>1042</sup>. Se denominaron *Federal Prosecution of Corporation* y fueron también conocidas con la denominación de *Holder Memo*, en atención al Fiscal que las promovió, Eric H. Holder<sup>1043</sup>.

Varias son las declaraciones que se contienen en esta primera guía que nos gustaría destacar, porque, con las variaciones a las que luego haremos referencia, ha fijado un marco de actuación que se ha mantenido hasta nuestros días.

---

<sup>1039</sup>Esta conclusión por supuesto no se aplica únicamente a las personas jurídicas sino que es igualmente aplicable a las personas físicas. Para conocer algunas posiciones de la doctrina estadounidense sobre el uso que el Ministerio Fiscal hace de esta facultad, véase Kamisar, Yale, LaFave, Wayne R., Israel, Jerold H., King Nancy J. y Kerr, Orin S., *Modern Criminal ...*, cit., p. p. 961- 972. Asimismo, resultan muy interesantes las recomendaciones que sobre el ejercicio de esta facultad discrecional del Ministerio Público se formulan y publican por la *American Bar Association* en los conocidos como *ABA Standards*, que tratan de servir de guía en la conducta profesional de los operadores jurídicos. Según estas recomendaciones, en primer lugar, el Fiscal no debería acusar o continuar con la acusación contra una persona cuando dicha acusación no esté apoyada por la existencia de causa probable o no existan pruebas suficientes para apoyar una condena. En segundo lugar, aun cuando existan pruebas que las apoyen, el Fiscal no debería formular acusación si existe para ello una buena causa compatible con el interés público, valorando factores tales como el daño causado por el delito, la negativa de la víctima a declarar o la colaboración prestada por el imputado.

<sup>1040</sup>En esta línea, Orland, Leonard, «The Transformation of...», cit., p. 56, para quien estas pautas han jugado en este campo un papel más importante que el del legislador o el del Tribunal Supremo; también, Urofsky, Philip, «Prosecuting Corporations: The Federal Principles and Corporate Compliance Programs», *United States Attorneys' Bulletin*, volumen 50, n.º 2, marzo 2002, p. 19, para quien: «In most cases, the liability of the corporation for the acts of a corporate agent is not a matter of law but of prosecutorial discretion». La abundante literatura que existe al respecto es, por otro lado, una prueba indudable de la relevancia de estos principios.

<sup>1041</sup>Brickey, Kathleen F. *Corporate and White Collar Crime...*, cit., p. 8. También, Court E. y Lichy, Albert D., «The "Too Big to Jail" Effect and the Impact on the Justice Department's Corporate Charging Policy », *65 Hastings L.J.* 1293 (2014), p. 1305; Martin, Ellis W., «Deferred Prosecution Agreements: Too Big to Jail and the Potential of Judicial Oversight Combined with Congressional Legislation», *18 N.C. Banking Inst.* 457 (2014), p. p. 464-465.

<sup>1042</sup>Estas normas, según se explica en ellas, se refieren a todo tipo de entidades dedicadas a estas actividades – *business organizations*- incluyendo, además de las *corporations*, otras formas de organización tales como *partnerships*, *sole proprietorships*, *government entities* y *unincorporated associations*.

<sup>1043</sup>Laufer, William S., *Corporate Bodies and Guilty...*, cit., p. 37.

La primera, como auténtica declaración de principios, es que las personas jurídicas no merecen un trato de favor precisamente por su condición de tal, ni han de ser castigadas por ello de una manera más leve. Al contrario, se entiende que su persecución penal puede producir importantes beneficios para el interés general, sobre todo en el ámbito de los *White Collar Crimes*; y, a su vez, forzar cambios en la cultura y en los comportamientos corporativos, que faciliten la prevención, el descubrimiento y el castigo de tales delitos<sup>1044</sup>.

La segunda, y fundamental, es que para la Fiscalía, en línea con la Jurisprudencia de los Tribunales Federales, el criterio para la imputación de esa deseable responsabilidad penal de las personas jurídicas es el que deriva de la doctrina del *respondeat superior*, que entiende de la manera en la que la hemos desarrollado en este trabajo.

La tercera declaración es la relativa a los factores que han de tener en cuenta los Fiscales Federales para decidir si formulan o no acusación contra las personas jurídicas que, por primera vez, se concretan en los siguientes:

a) La naturaleza y gravedad del delito, valorando para ello el riesgo de daño para el interés general; así como la existencia de políticas y prioridades emanadas del Gobierno y de las agencias federales respecto a la persecución de determinadas actividades criminales.

b) La permisividad o tolerancia de las conductas ilícitas dentro de la entidad, incluida la posible complicidad o incluso condonación de tales conductas por parte de sus órganos directivos.

c) La historia criminal de la propia organización, valorando en su caso las condenas previas (también en vía civil); o, en general, las acciones que hayan sido entabladas contra la misma para exigirle el cumplimiento de sus obligaciones legales.

---

<sup>1044</sup>Dice el texto: «Corporations should not be treated leniently because of their artificial nature nor should they be subject to harsher treatment. Vigorous enforcement of the criminal laws against corporate wrongdoers, where appropriate, results in great benefits for law enforcement and the public, particularly in the area of white collar crime. Indicting corporations for wrongdoing enables the government to be a force for positive change of corporate culture, and a force to prevent, discover, and punish serious crimes». En opinión de algún autor, no obstante esta declaración, es claro que la Fiscalía no puede cambiar la «cultura» de las entidades. A lo sumo, podrá utilizar la amenaza de la acusación penal para forzarlas a controlar la comisión de delitos en su seno, ejerciendo así una función «policial». Véase, Hasnas, John, «A Context for Evaluating Department of Justice Policy on the...», cit., p. 12.

d) El hecho de que la entidad haya denunciado rápida y voluntariamente la comisión del delito, así como la colaboración que hubiera prestado para su investigación.

e) La existencia y adecuación de un sistema previo de *compliance*.

f) Las medidas adoptadas por la entidad, una vez cometido el hecho, para implementar un sistema de *compliance* o mejorar el ya existente, sustituir a sus órganos directivos, sancionar o despedir a los infractores, pagar indemnizaciones y cooperar con las agencias gubernamentales correspondientes.

g) Las consecuencias colaterales de la propia formulación de la acusación, tales como el daño desproporcionado a los accionistas o empleados que no fueran responsables de los hechos.

h) La idoneidad y suficiencia de la persecución de las personas físicas responsables de los hechos.

i) La posibilidad y eficacia de utilizar remedios extrapenales, tales como las sanciones civiles.

Dos de estos factores merecen ser destacados: la permisividad o tolerancia hacia las conductas ilícitas y la tenencia de un programa de *compliance*.

En cuanto a la permisividad o tolerancia de las conductas ilícitas dentro de la entidad, para el propio *Memo*, será determinante para una aplicación más o menos estricta de la doctrina del *respondeat superior*. Efectivamente, según los principios de dicha doctrina, cualquier empleado, al margen de cuál sea su posición dentro de la organización, si comete un delito, cualquiera que sea su gravedad, cumpliéndose los presupuestos exigidos jurisprudencialmente a estos efectos, puede dar lugar a la responsabilidad penal de dicha organización. Pues bien, aunque ello sea así, cuando se trate de infracciones cometidas por simples empleados que no ocupen un lugar relevante en la jerarquía de la entidad, los Fiscales están llamados a valorar, a la hora de decidir si acusar o no, el papel que los directivos de la compañía han jugado en su comisión, y particularmente si esta última se ha visto favorecida por una determinada cultura corporativa.

Respecto a la existencia de un programa de *compliance* o programa de cumplimiento, y siguiendo en este punto la estela de las *guidelines*, para la Fiscalía Federal la mera existencia de uno de estos programas, definidos como aquellos establecidos por la dirección de la entidad para prevenir y detectar la comisión de conductas ilícitas y para asegurar que en el desarrollo de sus actividades se cumplen las normas establecidas, no es suficiente para justificar la no formulación de acusación penal contra una persona jurídica, si sus representantes o empleados han cometido un delito. Precisamente, se dice, tal comisión puede poner de manifiesto que dicho programa no ha funcionado correctamente; al margen de que, en determinados ámbitos, como es el de la violación de las normas *antitrust*, la normativa existente impone la formulación de acusación penal, no obstante su existencia.

A pesar de ello, el hecho de que la entidad en cuestión se hubiese dotado de uno de estos programas no ha de ser indiferente en la toma de decisión del Fiscal, especialmente, si el mismo es realmente eficaz para prevenir y detectar las infracciones cometidas por sus representantes y empleados. Para valorar dicha eficacia se debe tener en cuenta si estamos meramente ante «un papel» o si por el contrario el programa de cumplimiento ha sido diseñado e implementado de una manera adecuada. Y a su vez para alcanzar esta conclusión, los Fiscales Federales deberán juzgar: si la dirección de la compañía se ha esforzado realmente en el cumplimiento del programa o si, por el contrario, implícitamente, ha animado o presionado a sus empleados a que cometan infracciones para lograr los objetivos de la entidad; si la compañía se ha dotado de personal suficiente para ejecutar, auditar, documentar y analizar dicho cumplimiento; si los empleados de la entidad han sido informados debidamente de su existencia y contenido, así como del compromiso de la compañía con su ejecución; y, finalmente, si el programa diseñado es adecuado para detectar el tipo de infracción propia del ámbito de negocio en el que desarrollaba su actividad. Precisamente para valorar esto último, se hace un llamamiento a los Fiscales para que consulten a los distintos departamentos y agencias federales del sector de que se trate; los cuales, se considera, pueden ser de gran ayuda.

Parecía evidente que la aplicación de estos principios para determinar, en cada caso concreto, cuándo estábamos ante un programa de *compliance* realmente efectivo, no sería fácil. Uno de los Fiscales que intervino en la redacción de estas normas<sup>1045</sup> daba estas pautas para evaluar en cada supuesto la efectividad del programa de cumplimiento: la primera, si era un

---

<sup>1045</sup>Philip, Urofsky, «Prosecuting Corporations: The Federal Principles and Corporate...», cit., p. 25; véase también, Wellner, Philip A., «Effective Compliance Programs...», cit., p. 498.

programa «general» o si, por el contrario, estaba específicamente diseñado para prevenir y detectar conductas dentro de la entidad en cuestión; en segundo lugar, si dicha entidad había destinado a su ejecución medios suficientes, incluyendo personal interno auditor e investigador; en tercer lugar, si se habían desarrollado programas de formación sobre su contenido; en cuarto lugar, si preveía una dación de cuenta adecuada sobre su desarrollo a los directivos de la compañía de más alto nivel; y, por último, si establecía un sistema de sanciones adecuado para los empleados de la entidad que no lo cumplieran.

### 2.1.2. *Thompson Memo*

El primer marco general sobre la actuación en este campo de la Fiscalía Federal, que representa el *Holder Memo*, se revisa, por primera vez, en enero del año 2003, otorgándosele una nueva denominación, *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, también conocidos como *Thompson Memorandum*, por la misma razón que el anterior<sup>1046</sup>. Esta revisión se produce a la sombra de los escándalos financieros que se produjeron en los primeros años de este siglo, entre ellos el de *Enron*<sup>1047</sup>, y son un reflejo más de los esfuerzos que entonces se realizaron para luchar contra este tipo de fraudes.

Esta nueva guía mantiene el marco de actuación fijado en el año 1999, pero incluye dos modificaciones que merecen ser destacadas<sup>1048</sup>.

Por un lado, se incide más en la relevancia de un factor que ya estaba incluido con anterioridad, cuál es la colaboración que la entidad haya prestado a las autoridades en la detección y posterior averiguación del delito. Así, se continúa manteniendo que se valorarán positivamente hechos tales como la revelación de los resultados de la posible investigación interna, la identificación de los culpables, la facilitación de pruebas o la renuncia a la

---

<sup>1046</sup>En este caso el Fiscal fue Larry D. Thompson.

<sup>1047</sup>Como dijimos con anterioridad, antes del colapso de esta compañía, su programa de *compliance* había sido calificado como «as state-of-the-art», esto es «el último grito». Véase sobre el particular, Wellner, Philip A., «Effective Compliance Programs...», cit., p. 498. También, Martin, Ellis W., «Deferred Prosecution Agreements...», cit., p. 465.

<sup>1048</sup>Véase al respecto, Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar Crime...*, cit., p. p. 8-9; también, Weismann, Miriam, F., *Corporate Crime & Financial Fraud*, cit., p. 80; Martin, Ellis W., «Deferred Prosecution Agreements...», cit., p. p. 465-466; Nanda, Ved P., «Corporate Criminal Liability in the United States...», cit., p. p. 615-617; Bharara, Preet, «Corporation Cry Uncle and Their Employees Cry Foul: Rethinking Prosecutorial Pressure On Corporate Defendants», 44 *Am. Crim. L. Rev.* 53 (2007), p. p 81-83.; y Berry, Sean, «Revised Principles of Federal Prosecutions of Business Organizations: An Overview», *United States Attorneys' Bulletin*, volumen 51, nº 6, noviembre 2003, p. p. 5-9.

confidencialidad en las relaciones entre abogado- cliente<sup>1049</sup>; y simultáneamente, que se valorará negativamente, si la entidad está protegiendo de alguna manera a aquellos que hayan cometido el delito, declarándose que, aunque habrá de estarse al caso concreto, se entenderán como comportamientos de esta naturaleza hechos tales como el pago de los honorarios de los abogados de los culpables, la no imposición de sanciones o la facilitación a estos de información sobre la marcha de la investigación de las autoridades.

Pero además, y aquí está la novedad, se incluyen expresamente algunas conductas que, realizadas por la entidad, se considerarán como impeditivas de la investigación, entre ellas, el dar instrucciones a su empleados o a sus abogados para que no colaboren con las autoridades, negándose por ejemplo a ser entrevistados; presentar informes que contenga información equivocada o incompleta o no denunciar el delito tan pronto como se tenga conocimiento del mismo.

En definitiva el *memorandum Thompson*, como en él se declara, trata de poner el acento en la necesidad de valorar que la cooperación de la entidad sea auténtica y real.

La segunda modificación importante que contiene este *Memorandum* de 2003 afecta a los programas de *compliance* y, particularmente, a los elementos que han de valorarse por los Fiscales para concluir su efectividad, dedicándose especial atención al papel que hayan jugado los directivos de la entidad<sup>1050</sup>. Así, manteniéndose los elementos de juicio establecidos en el año 1999, se añade que, para evaluar estos programas, la Fiscalía podrá tener en cuenta además: si sus directivos ejercen realmente su autoridad revisando las decisiones de sus inferiores o se limitan a ratificar las mismas; si, a estos efectos, estos órganos directivos reciben la información suficiente sobre la marcha de la entidad; si los servicios de auditoría interna están situados dentro del organigrama de la entidad en un posición que garantice su independencia y la exactitud de su información; y si los órganos de dirección han establecido un sistema adecuado que les permita mantenerse informados sobre si la entidad cumple con las normas que le son aplicables<sup>1051</sup>.

---

<sup>1049</sup>Después nos ocuparemos detenidamente de esta cuestión.

<sup>1050</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar Crime...*, cit., p. 9.

<sup>1051</sup>En opinión de Brickey, estos criterios vienen a completar las reformas que, en materia de gobierno corporativo, se realizaron por la *Sarbanes-Oxley Act* de 2002, sometiendo a los órganos directivos de las grandes compañías a un mayor control. Son, por otra parte, una muestra clara de que el Departamento de Justicia continúa creyendo que la amenaza de una acusación penal es un arma eficaz para provocar cambios positivos en la cultura empresarial o corporativa. Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar Crime...*, cit., p. 10. También,

### 2.1.3. Memorandum McNulty

El *memorandum Thompson* fue sustituido en el año 2006 por el *Memorandum McNulty*.

Este mantiene las mismas directrices expuestas, si bien, ante la presión que se ejerció desde determinados sectores empresariales y jurídicos por lo que se consideraban ciertos abusos de la Fiscalía al aplicar los parámetros para valorar si la entidad había colaborado o no con la investigación, se incluyeron expresamente dos previsiones<sup>1052</sup>. La primera que, a estos efectos, los Fiscales, salvo circunstancias muy excepcionales, no deberían tener en cuenta si la compañía había abonado o no los honorarios de la defensa de sus representantes o empleados; y la segunda, que la renuncia al privilegio de la confidencialidad de las comunicaciones entre cliente y abogado habría de ser voluntaria en el sentido de que, de no producirse, ello no podría valorarse como un comportamiento contrario a la colaboración con las autoridades<sup>1053</sup>.

En efecto, los factores que, según el *Holder* y el *Thompson Memo*, debían valorarse a la hora de decidir si formular o no acusación contra una persona jurídica no habían sido especialmente controvertidos, salvo con respecto a las dos cuestiones que acabamos de mencionar<sup>1054</sup>.

El hecho de que se tuviera en cuenta la renuncia a la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado-cliente (*attorney-client privilege*) así como a la protección de la *work doctrine*<sup>1055</sup> había sido muy contestado porque, aun cuando ni se exigía a la entidades

---

O'Sullivan, Julie R. «How Prosecutors Apply the "Federal Prosecutions of Corporations" Charging Policy...», cit., p. 41.

<sup>1052</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar Crime...*, cit., p. 11; Gold, Noah A., «Corporate Criminal Liability: Cooperate, and You Won't Be Indicted», 8 *Geo. J.L. & Pub. Pol'y* 147 (2010), p. p. 157-160. También, Bharara, Preet, «Corporation Cry Uncle...», cit., p. p. 84-86.

<sup>1053</sup>Véase al respecto, Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar Crime...*, cit., p. 11; también, Nanda, Ved P., «Corporate Criminal Liability...», cit., p. p. 617-622; Bharara, Preet, «Corporation Cry Uncle...», cit., p. p. 83-86; o Bucy, Pamela, «Why punish? Trends in Corporate Criminal...», cit., p. p. 1295-1298.

<sup>1054</sup>O'Sullivan, Julie R., «How Prosecutors Apply the "Federal Prosecutions of Corporations"..., cit., p. 37.

<sup>1055</sup>Intimamente ligado con el *attorney-client privilege*, la *work product doctrine* implica, en síntesis, que el abogado no está obligado a revelar los documentos generados durante el trabajo realizado para la preparación e investigación de un caso. Decía el Tribunal Supremo Federal al respecto en *Hickman v. Taylor* 329 U.S. 495 (1947): «Proper preparation of a client's case demands that he assemble information, sift what he considers to be the relevant from the irrelevant facts, prepare his legal theories, and plan his strategy without undue and needless interference. That is the historical and the necessary way in which lawyers act within the framework of our system of Jurisprudence to promote justice and to protect their clients' interests. This work is reflected, of course, in interviews, statements, memoranda, correspondence, briefs, mental impressions, personal beliefs, and countless other tangible and intangible ways -- aptly though roughly termed by the Circuit Court of Appeals in this case as the "work product of the lawyer." Were such materials open to opposing counsel on mere demand, much of what is now put down in writing would remain unwritten. An attorney's thoughts, heretofore inviolate, would not be his own. Inefficiency,

dicha renuncia, ni se las animaba a ello, los abogados defensores sostenían que, en la práctica, en casi todos los casos, aquella se había convertido en un requisito indispensable para que se apreciara la existencia de colaboración con las autoridades<sup>1056</sup>.

Por otro lado, la posibilidad de que los Fiscales pudieran tener en cuenta el hecho de que la compañía hubiera abonado o no los honorarios de los abogados de sus empleados alcanzó enorme repercusión pública a raíz de lo ocurrido en el caso *United States v. Stein*, en el que se revocó el procesamiento de trece antiguos socios de la auditora KPMG en el verano de 2006<sup>1057</sup>, por entender que la Fiscalía había abusado de su posición. En efecto, en las resoluciones judiciales dictadas en este caso, que en realidad fueron dos, *United States v. Stein (Stein 1)*<sup>1058</sup> y *United States v. Stein (Stein 2)*<sup>1059</sup>, un Juez Federal del Estado de Nueva York llegó a calificar de inconstitucional e indebida la presión que la Fiscalía, amparada por los criterios del *Memorandum Thompson*, había ejercido sobre la entidad KPMG para que colaborara con la investigación de los hechos que se le imputaban, relacionados con la comercialización de ciertos productos financieros. Esta presión había sido tal, según las resoluciones dictadas, que la entidad acabó interfiriendo indebidamente en el derecho de defensa y en el derecho a no declarar contra sí mismos de aquellos de sus empleados investigados y finalmente acusados, a los que dejó de abonar los gastos de su defensa, a pesar de que estaba obligada contractualmente, y amenazó con despedirlos, si no hablaban con los investigadores, renunciando a su derecho a no autoincriminarse<sup>1060</sup>.

---

unfairness, and sharp practices would inevitably develop in the giving of legal advice and in the preparation of cases for trial. The effect on the legal profession would be demoralizing. And the interests of the clients and the cause of justice would be poorly served. We do not mean to say that all written materials obtained or prepared by an adversary's counsel with an eye toward litigation are necessarily free from discovery in all cases. Where relevant and non privileged facts remain hidden in an attorney's file, and where production of those facts is essential to the preparation of one's case, discovery may properly be had. Such written statements and documents might, under certain circumstances, be admissible in evidence, or give clues as to the existence or location of relevant facts. Or they might be useful for purposes of impeachment or corroboration. And production might be justified where the witnesses are no longer available or can be reached only with difficulty. Were production of written statements and documents to be precluded under such circumstances, the liberal ideals of the deposition-discovery portions of the Federal Rules of Civil Procedure would be stripped of much of their meaning. But the general policy against invading the privacy of an attorney's course of preparation is so well recognized and so essential to an orderly working of our system of legal procedure that a burden rests on the one who would invade that privacy to establish adequate reasons to justify production through a subpoena or court order. That burden, we believe, is necessarily implicit in the rules as now constituted». Véase, Strader, Kelly J., *Understanding White Collar...*, cit., p. 351-352.

<sup>1056</sup>Véase, O'Sullivan, Julie R., «How Prosecutors Apply the "Federal Prosecutions of Corporations" ...», cit., p. p. 37-40.

<sup>1057</sup>Véase, O'Sullivan, Julie R., «How Prosecutors Apply the "Federal Prosecutions of Corporations" ...», cit., p. p. 37-40.

<sup>1058</sup>*United States v. Stein (Stein 1)*, 435 F. Supp. 2d 330, 336 (S.D.N.Y. 2006).

<sup>1059</sup>*United States v. Stein (Stein 2)*, 440 F. Supp. 2d 315, 338 (S.D.N.Y. 2006).

<sup>1060</sup>Para un estudio detallado de este caso, véase, Bharara, Preet, «Corporation Cry Uncle...», cit., p. p. 98-100.



#### **2.1.4. Memorandum Filip**

El *Memorandum McNulty* fue revisado, por última vez, en agosto del año 2008 y pasó a llamarse el *Memorandum Filip*; incluyéndose en el conjunto de normas que para todos los Fiscales Federales publica con carácter vinculante el Departamento de Justicia -*United States Attorney's Manual*-. El *Memorandum Filip* continúa en la línea iniciada por la revisión del año 2006, en cuanto a una valoración más equilibrada sobre qué comportamientos de la entidad pueden conducir al Fiscal a concluir que no está colaborando con la investigación. En este sentido, se prohíbe expresamente que se pueda valorar con este fin que la entidad esté abonando los honorarios de defensa de sus representantes o empleados implicados o que les esté prestando asesoramiento legal. Y en cuanto a la renuncia a la confidencialidad de la relación entre abogado-cliente, se hace una especie de declaración general sobre el respeto que el Departamento de Justicia tiene hacia ese privilegio, animando a las entidades a denunciar aquellos comportamientos de los Fiscales Federales que pudieran violentarlo.

#### **2.2. Dos pilares: la colaboración con las autoridades y los *compliance***

En conclusión, observando la propia evolución que han experimentado los *Memos* de la Fiscalía, dos son los pilares fundamentales en torno a los cuales gira su decisión sobre si acusar o no a una persona jurídica: la colaboración de la misma con la investigación de los hechos y la tenencia de un programa efectivo de *compliance*.

La primera cuestión conduce a afirmar la importancia indudable que tendrán las investigaciones internas que se hayan llevado a cabo por las empresas, al detectar la posible comisión de una infracción penal en su seno. El «mirar para el otro lado» o tratar de ocultar o encubrir su existencia de alguna manera puede tener graves consecuencias y debilitar enormemente su posición frente a la Fiscalía. Se otorga así a las empresas, en línea con lo que expusimos al examinar el impacto de las *guidelines*, un papel de *adjunct investigators* del Departamento de Justicia. En seguida desarrollaremos esta cuestión.

El segundo pilar en el que descansa la decisión de la Fiscalía son los programas de cumplimiento que, a estos efectos, deberán reunir los presupuestos expuestos destinados a valorar, como en las *guidelines*, su eficacia. De esta forma antes de iniciarse el proceso mismo, es la Fiscalía a quien se otorga la oportunidad de, aplicando sus propios principios, valorar dicha

eficacia, para, junto con los demás factores indicados, decidir si procede o no formular a acusación contra la entidad de que se trate, alcanzando, en su caso, y como desarrollaremos a continuación, el correspondiente acuerdo.

En este sentido, la amenaza de que la no tenencia de dichos programas puede conducir a la formulación de acusación fomenta sin duda que las entidades se doten de los mismos. Porque, si la entidad llega a juicio, el riesgo de condena que afronta, dado el sistema de imputación vigente, es muy elevado. Es más, la experiencia demuestra que si ello ocurre, sobre todo si se trata de empresas conectadas con la prestación de servicios en el sector financiero o en los mercados de capital, estas no sobreviven al procedimiento<sup>1061</sup>. Es lo que algunos autores han denominado «*death-by-indictment*»<sup>1062</sup>. El caso *Arthur Andersen* es un buen ejemplo. Y aun cuando no se llegara a tal extremo y el sometimiento al proceso penal no supusiera el fin de la compañía, los gastos derivados del mismo (que incluirían no solo los legales de su defensa, sino los derivados de las posibles multas y de las pérdidas en el negocio como consecuencia del daño reputacional) serían siempre mucho más elevados que los que supondrían implementar y desarrollar un programa de cumplimiento<sup>1063</sup>. Se logra así vencer cualquier resistencia de los directivos de la compañía en este sentido<sup>1064</sup>; al margen lógicamente de la responsabilidad civil que podrían afrontar, como dijimos, por la no adopción de estos programas si, finalmente, se cometiera un delito por uno de sus empleados y ello provocara daños a la entidad.

Cuestión distinta es la cierta contradicción que supone que la Fiscalía pretenda fomentar, con los criterios expuestos, la adopción de estos programas y, sin embargo, no se pronuncie con claridad sobre que la tenencia de los mismos sea un motivo para no formular acusación o que los esfuerzos realizados para la implementación de estos programas, si el asunto llegara a juicio, no sean valorados para la imputación del delito a la entidad y, en definitiva, para su condena<sup>1065</sup>. Pero esta contradicción o incoherencia, más que de la actuación de la Fiscalía, deriva en realidad, en nuestra opinión, del propio modelo de imputación. Si este cambiara y se estableciera un sistema de responsabilidad por hecho propio que exigiera un

---

<sup>1061</sup>Gold, Noah A., «Corporate Criminal Liability: Cooperate...», cit., p. 155.

<sup>1062</sup>En este sentido, Buell, Samuel W., «Criminal Procedure within the Firm», 59 *Stan. L. Rev.* 1613 (2007), p. 1664.

<sup>1063</sup>Hasnas, John, «A context for evaluating Department of Justice Policy on the...», cit., p. 8-9.

<sup>1064</sup>Hasnas, John, «A context for evaluating Department of Justice Policy on the...», cit., p. 8-9. Para este autor esta amenaza no sería efectiva en el caso de que fueron los propios directivos de la entidad los que ejecutaran la actividad criminal. Poco podría motivarles en este caso la posible sanción penal de la compañía.

<sup>1065</sup>Véase al respecto, Hasnas, John, «A context for evaluating Department of Justice Policy on the...», cit., p. 10-12.

déficit organizativo en la entidad como presupuesto para poder imputarle cualquier delito, la política de la Fiscalía, probablemente, también experimentaría un giro radical.

### **2.3. En especial, las investigaciones internas**

Acabamos de exponer, como uno de los pilares en torno a los cuales gira la decisión de la Fiscalía de acusar o no a una persona jurídica es la colaboración que haya prestado en la investigación de los hechos, y cómo para graduar dicha colaboración, uno de los elementos a tener en cuenta será la revelación de los resultados de cualquier posible investigación interna que haya podido realizarse una vez detectada, por la propia organización, la comisión del delito.

Los beneficios que para la Fiscalía puede tener el acceso al resultado de estas investigaciones son indudables. No sólo por el ahorro de costes y medios que puede suponer que las entidades haya realizado ese trabajo previo de averiguación de los hechos, sino, también, fundamentalmente, por la información que puede obtener de cara a futuras acusaciones penales, no ya contra la entidad, sino contra aquellos de sus directivos y empleados que hubieran cometido los hechos delictivos. Las compañías, por su parte, si realizan estas investigaciones y revelan su contenido podrán disfrutar de las ventajas que implica el reconocimiento de su disposición a colaborar con las autoridades, entre ellas, la evitación de un juicio en el que, recordemos, podrían ser declaradas culpable por un Jurado por el mero hecho de que cualquiera de sus empleados hubiera cometido un hecho delictivo, independientemente de cuál hubiera sido su comportamiento como organización.

No obstante lo expuesto, el mantenimiento del equilibrio entre los distintos intereses en juego no será siempre fácil. Por un lado, como se infiere de la evolución que han experimentado los distintos *Memos* de la Fiscalía, la presión de esta para que las entidades realicen investigaciones internas y, una vez realizadas, revelen su contenido, puede llegar a ser excesivo. Por otro lado, esta revelación puede generar conflicto entre la compañía y sus empleados, porque, tales investigaciones pueden contener información que pudiera perjudicarles.

Varias son las cuestiones que nos gustaría resaltar sobre estas investigaciones internas.

1. En primer lugar, hemos de destacar que no existe una regulación legal que detalle cuáles han de ser sus resultados concretos, si se pretende que las mismas tengan para la

entidad los efectos beneficiosos a los que hemos aludido, o qué indique cómo han de desarrollarse.

En cuanto a la primera cuestión, dado que la mayoría de los casos, como veremos al estudiar los *deferred prosecution agreement*, no llegan a juicio, cabe indicar que serán fundamentalmente los Fiscales y no los Jueces, como veremos que ocurre respecto a los programas de cumplimiento, los encargados de «evaluar» los resultados de estas *internal investigations* y la influencia positiva que ello tendrá sobre la posición penal de la entidad<sup>1066</sup>.

Respecto a la segunda cuestión, esto es, el procedimiento a seguir, el mismo deberá reflejarse en el programa de *compliance* del que se haya dotado la compañía y, de hecho, su

---

<sup>1066</sup>A estos efectos, podrán tener en cuenta las guías publicadas por algunos organismos y agencias federales, en las que se incluyen recomendaciones sobre qué extremos mínimos deben incluir los informes que se presenten ante unos y otras para poner en su conocimiento la existencia de cualquier ilícito. Es el caso, por ejemplo, de la publicada por la *General Services Agency (GSA) Office of Inspector General*. Según la misma, el informe en el que se comunique la existencia de una conducta ilícita, relacionada con la suscripción o ejecución de un contrato federal, debería incluir: una completa descripción de los hechos y circunstancias acaecidos, incluyendo las pruebas que apoyen las conclusiones del informe; los nombres de las personas implicadas; el lugar y fecha en los que tuvo lugar la actividad que se denuncia; cómo se descubrió; los testigos potenciales y su implicación; las medidas correctoras que hayan sido aplicadas por la compañía; y, por último, los correos electrónicos y números de teléfono corporativos que permitan contactar con todas las personas implicadas en la actividad investigada. En el mismo sentido, el *Department of Health and Human Services* ha publicado un protocolo *-Provider Self-Disclosure Protocol-* describiendo qué tipo de información deben facilitar a este organismo los proveedores de servicios médicos a la hora de comunicar la existencia de un fraude o cualquier otra conducta ilícita, así como los pasos que deberían seguir las investigaciones que inicien al respecto. Concretamente, de conformidad con dicho protocolo, estas investigaciones deberían tratar de averiguar, como mínimo, lo siguiente: la causa del incidente o la práctica ilegal de que se trate (comportamiento doloso, no funcionamiento de los controles internos, evasión de los procedimientos corporativos o de la regulación correspondiente, etc); la naturaleza del hecho investigado, incluyendo cómo comenzó y cómo se desarrolló; las divisiones o departamentos de la compañía que estén implicados; el impacto o el riesgo que para la salud y seguridad pública ha tenido la práctica en cuestión, incluyendo los pasos que deberían ser tomados al respecto para afrontarlos, así como los que ya haya tomado la compañía; el período durante el que se prolongó la actividad ilícita; la identidad de los directivos, agentes o empleados que conocían o participaron en ella, que estuvieron implicados en su descubrimiento, o que, por sus responsabilidades en la empresa, deberían haberla detectado y no lo hicieron; y, en último lugar, el impacto económico que el ilícito puede tener en los programas federales de *health care programs*. Véase, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 16.06 (versión electrónica).

En el campo doctrinal, por su parte, son numerosos los trabajos que tratan de guiar a las compañías en esta cuestión. Entre otros muchos, véase, Stephan, Spehl y Thomas, Gruetzner, *Corporate Internal Investigations: Overview of 13 Jurisdictions*, cit., especialmente, § 4.01, 4.03 y 11.04 (versión electrónica), que trata aspectos tales como cuáles deben ser los objetivos de la investigación y cómo ha de elaborarse y presentarse el correspondiente informe. También, Ferraro, Eugene, *Investigation in the workplace*, 2ª ed., 2012, en especial p. p. 1-102, sobre el proceso de investigación en general y, en particular, los medios de investigación a utilizar, las fases de la investigación y la exposición de su resultado. Asimismo, Badway, Ernest E, *A Primer on Government and Internal Investigations*, Fox Rothschild L.L.P., 2011 (disponible en <http://www.foxrothschild.com/newspubs/newspubsArticle.aspx?id=4294970249>, p. p. 6-9), que ofrece un interesante resumen al respecto, incluyendo aspectos tales como qué factores debe valorar la compañía a la hora de dar cuenta o no a las autoridades de los resultados de una investigación, en el caso de que aún no se haya iniciado contra ella ninguna investigación oficial, mencionando, entre ellos, las probabilidades de que la actividad ilícita salga a luz a través de otros medios, las ventajas que puede obtener de su denuncia o las probabilidades de que los accionistas ejerzan acciones contra la compañía.

existencia y configuración será una pieza clave para valorar su eficacia. Un *effective compliance program* debe incluir necesariamente un procedimiento eficaz y adecuado para investigar cualquier denuncia, aunque sea anónima, así como para documentar adecuadamente la información que al respecto se reúna, incluyendo cualquier medida disciplinaria o reparadora que se haya adoptado<sup>1067</sup>.

En este sentido, mientras más eficaces sean los canales internos de denuncia, menos probabilidades habrá de que los potenciales denunciantes acudan directamente a las autoridades, para lo cual cuentan con importantes incentivos.

En efecto, el legislador ha dado en los últimos tiempos, fundamentalmente a través de las nuevas disposiciones incluidas en la *Sarbanes-Oxley Act* de 2002 y en la *Dodd-Frank Act* de 2010, un nuevo impulso a una figura tradicional en el sistema penal de los Estados Unidos como son los *whistleblowers* -«soplones» o «chivatos»-, esto es, aquellos que denuncian la comisión de algún ilícito a cambio de obtener una compensación económica<sup>1068</sup>; y lo ha hecho fortaleciendo su protección frente a cualquier represalia y creando importantes incentivos económicos<sup>1069</sup>. Concretamente, la sección 21F de la segunda de estas normas autoriza a la SEC a recompensar económicamente a los individuos que voluntariamente faciliten a la misma información original y de calidad, que conduzca al ejercicio de acciones por parte de este organismo y que se traduzca en la imposición de sanciones que superen el millón de dólares. La recompensa se situará entre el 10% y el 30% del importe de dichas sanciones; prohibiéndose por otro lado, a las entidades afectadas, que puedan tomar cualquier represalia contra estas personas, a favor de las cuales se crea además una acción privada para defenderse de las mismas si finalmente existieran. Los *whistleblowers* pueden formular su denuncia anónimamente, pero entonces deberán estar representados por un abogado que actúe en su nombre. Sea o no anónima la denuncia, la SEC está obligada a adoptar todas las disposiciones previstas en la norma para proteger su identidad<sup>1070</sup>.

---

<sup>1067</sup>Véanse al respecto las previsiones contenidas en la *FCPA Resource Guide*, p. 61.

<sup>1068</sup>Ya el Presidente Lincoln promulgó una norma que permitía a los particulares obtener hasta el 50% de lo recuperado si demandaban a aquellos contratistas que estuvieran vendiendo al ejército mercancías con precios sobrevalorados o de mala calidad. Esta norma, conocida como la *False Claim Act*, continúa de hecho vigente en la actualidad -sin perjuicio de las reformas que ha sufrido para modernizarla- y, en síntesis, continúa permitiendo a cualquier persona demandar, en nombre del Gobierno Federal, a cualquiera que esté defraudando a este último, obteniendo a cambio una compensación económica si sus alegaciones se prueban finalmente. Véase, Abikoff, Kevin T., *Corporate Governance: avoiding and responding to misconduct*, cit., § 10.01 (versión electrónica).

<sup>1069</sup>Véase, Rakoff, Jed S. y Sack, Jonathan S., *Federal Corporate Sentencing: Compliance...*, cit., § 6.02 (versión electrónica).

<sup>1070</sup>Véase la *FCPA Resource Guide*, p. p. 82-83.

En desarrollo de esta disposición, en agosto del año 2011, la SEC publicaba las *rules* que gobiernan el denominado *SEC's Whistleblower Program* concretando, entre otros aspectos, quiénes serán considerados *whistleblowers*, cómo se determina exactamente la recompensa que recibirán o cuál es el procedimiento a seguir para formular estas denuncias<sup>1071</sup>.

Los incentivos para acudir a las autoridades, sobre todo desde el punto de vista económico, son, como hemos dicho, muy importantes, y de ahí el reto que para las compañías supone configurar un sistema de denuncia interno que realmente atraiga a los denunciantes potenciales<sup>1072</sup>. Porque si estos acuden a las autoridades y son estas quienes toman, en consecuencia, la iniciativa, el margen de maniobra de la compañía se reducirá, como se debilitará su posición ante el acusador público.

En cualquier caso, cabe destacar que, aun cuando la inclusión en el *SEC's Whistleblower Program* exige desde luego que la denuncia del ilícito se formule ante este organismo, ello no es incompatible con que también se formule internamente. Las normas de la SEC, de hecho, aunque no imponen la utilización previa de los canales internos de denuncia para obtener la recompensa correspondiente, sí fomentan que se haga un uso paralelo, y ello a través de tres previsiones concretas: la primera, que la participación voluntaria del *whistleblower* en la investigación interna de la compañía es un factor que puede aumentar su recompensa económica, mientras que si la interfiere dicha recompensa puede verse reducida; la segunda, que esta persona podrá recibir esta recompensa si denuncia internamente y la entidad, a su vez, pone esta información en conocimiento de la SEC; y finalmente, extendiendo a 120 días, en lugar de los 90 anteriores, el tiempo que el *whistleblower* tiene para formular la denuncia ante la Comisión, si previamente lo hubiera hecho internamente.

2. El segundo aspecto que habría que destacar respecto a las investigaciones internas es si las compañías están obligadas, en todo caso, a facilitar a las autoridades el resultado obtenido, y los efectos que puede tener sobre sus empleados si se incluye información incriminatoria respecto a ellos.

---

<sup>1071</sup>Disponibles en [www.sec.gov/rules/final/2011/34-64545.pdf](http://www.sec.gov/rules/final/2011/34-64545.pdf).

<sup>1072</sup>Véase, Rakoff, Jed S. y Sack, Jonathan S., *Federal Corporate Sentencing: Compliance...*, cit., § 6.02 (versión electrónica).

Pues bien, sobre este extremo cabe indicar que, sin perjuicio de que por los beneficios que puede generarles, las compañías, de ordinario, facilitan a las autoridades los resultados de estas investigaciones, no están obligadas legalmente a hacerlo o, al menos, no lo están respecto a aquellos extremos que estén protegidos por el *attorney-client privilege* o por la *work product doctrine*. Las personas jurídicas no son titulares del derecho a no declarar contra uno mismo proclamado en la Quinta Enmienda<sup>1073</sup>, pero sí lo son de estas dos garantías<sup>1074</sup>.

Centrándonos en la primera de ellas<sup>1075</sup>, protege la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente, siempre que se trate de una comunicación privada entre ambos que tenga como propósito obtener una opinión o consejo legal profesional, que no

---

<sup>1073</sup>Así lo estableció el Tribunal Supremo Federal, en la sentencia dictada en el caso *Hale v. Henkel*, 201, U.S. 43 (1906), y ha permanecido vigente hasta nuestros días. De conformidad con esta resolución, solo las personas físicas son titulares de este derecho. El mismo, según el Tribunal, es eminentemente personal, y sólo puede ser invocado por aquél al que se trate de obligar a declarar contra sí mismo, lo que no ocurre cuando lo hace, en nombre de la persona jurídica, la persona física que le representa. Si esta persona se negara a declarar porque dicha declaración perjudica a la persona jurídica estaría en realidad invocando no un derecho propio sino el derecho de otro, en este caso, el de la entidad. Esta conclusión tiene, por otro lado, una consecuencia fundamental. El representante de una persona jurídica tiene la obligación en todo caso de entregar la documentación que le sea requerida en esta condición y que pertenezca a la primera, sin que pueda amparar su negativa en el derecho de la entidad a no auto incriminarse. Y ello por dos razones. La primera eminentemente práctica, si se reconociera el derecho de las organizaciones a no entregar la documentación que tienen en su poder sería prácticamente imposible exigir a esta el cumplimiento de las normas. La garantía constitucional contra la propia incriminación, dice el Tribunal Supremo en *Hale v. Henkel*, trata de proteger las libertades del individuo, pero no los intereses económicos o de otro tipo de estas organizaciones, para que puedan eludir el cumplimiento de las normas. Por otro lado, en segundo lugar, las personas jurídicas carecen de esa intimidad, de ese ámbito de privacidad digno de protección y propio del individuo, que en consecuencia nunca podría verse afectado por la entrega de esta documentación. El control y posesión de dicha documentación, por otro lado, está de ordinario, estrictamente regulado, sea por las normas, sea por los estatutos de la propia organización, permitiéndose generalmente el acceso a otros miembros de la misma, además de a sus directivos y representantes.

En esta misma línea, la jurisprudencia estadounidense ha dado un paso más e impide que la negativa, por parte del representante de una persona jurídica, a aportar documentación de dicha entidad, se ampare en el perjuicio que ello pudiera causar no ya a la persona jurídica, sino a la persona física a la que se hace el requerimiento. Para el Tribunal Supremo Federal -*Braswell v. United States*, 487 U.S. 99 (1988)-, reconocer a los representantes de las entidades esta posibilidad sería tanto como reconocérselo a estas últimas, que no son, según lo ya expuesto, titulares del mismo. Además, ello iría en detrimento de la capacidad de las autoridades para perseguir los denominados *White Collar Crimes*. Dicho lo anterior, en la misma resolución, el Tribunal aclara que lo que no podrá la Fiscalía, precisamente porque el acto del representante es un acto de la entidad, valorar en su contra, en la del representante, la aportación en sí. De manera que la autenticidad de dichos documentos o el conocimiento que pudiera tener de ellos deberá ser acreditado mediante otras pruebas.

<sup>1074</sup>En general, sobre una y otra garantía y su aplicación a las *corporations*, véase, Snider, Jerome G., Ellins, Howard A. y Flynn, Michael S., *Corporate Privileges and Confidential Information*, Law Journal Press, 2013, § 2.03, 2.04, 3.01 y 3.03 (versión electrónica).

<sup>1075</sup>Los problemas que puede plantear, en este contexto, la aplicación de la *work product doctrine*, que como dijimos, exime de la obligación de revelar los documentos que haya sido elaborados de cara a un procedimiento judicial, civil o penal y que reflejen las ideas o el enfoque del abogado correspondiente, son paralelos. Con relación a este privilegio, la exigencia de que el material protegido por ella haya sido preparado *in anticipation of litigation* suele ser de ordinario en el que plantea más problemas de delimitación, con opiniones judiciales no siempre coincidentes. Véase, Snider, Jerome G., Ellins, Howard A. y Flynn, Michael S., *Corporate Privileges and Confidential Information*, cit., § 3.03 (versión electrónica).

esté dirigido a la comisión de un delito<sup>1076</sup>. Precisamente porque la finalidad de este derecho es proteger esa relación entre abogado y cliente, no se extenderá a aquellas comunicaciones que otras personas puedan mantener con el abogado, aun cuando se mantengan a instancia del cliente y su contenido pueda afectar a la defensa del mismo<sup>1077</sup>. Esta distinción que puede ser relativamente fácil cuando el cliente es una persona física, se complica cuando estamos ante una persona jurídica, porque lógicamente esta solo puede hablar a través de sus representantes y empleados<sup>1078</sup>. A este respecto habrá que tener en cuenta la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en *Upjohn Co. v U.S.*<sup>1079</sup>, conforme a la cual, el privilegio no solo se aplica a las comunicaciones que el abogado de la compañía mantenga con aquellos empleados que pueden considerarse incluidos en el «grupo de control» de la entidad, tal como había mantenido en este caso el Tribunal de Apelación<sup>1080</sup>, sino que también puede extenderse a otros empleados, con los que se mantengan comunicaciones destinadas, como exige el fundamento de este privilegio, a prestar ese asesoramiento o consejo legal a la compañía, que es, en este caso, el cliente. Para el Tribunal, en ocasiones, la información que pueden facilitar, a estos efectos, quienes no forman parte de la dirección o control de la compañía puede ser incluso más

---

<sup>1076</sup>Rakoff, Jed S. y Sack, Jonathan S., *Federal Corporate Sentencing: Compliance...*, cit., § 6.02 (versión electrónica). Para una exposición más detallada del contenido y los límites de este derecho, con carácter general, véase, Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar Crime...*, cit., p. p. 387-398. También, Stephan, Spehl y Thomas, Gruetzner, *Corporate Internal Investigations: Overview of 13 Jurisdictions*, cit., § 6.04 (versión electrónica).

<sup>1077</sup>Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar Crime...*, cit., p. 398. Debe tenerse en cuenta que el privilegio se extiende a la comunicación misma. Esto es, en palabras del Tribunal Supremo Federal, en *Upjohn Co. v US*, 449, US, 383 (1981): «The protection of the privilege extends only to communications and not to facts. A fact is one thing and a communication concerning that fact is an entirely different thing. The client cannot be compelled to answer the question, 'What did you say or write to the attorney?' but may not refuse to disclose any relevant fact within his knowledge merely because he incorporated a statement of such fact into his communications to his attorney».

<sup>1078</sup>Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar Crime...*, cit., p. 398. También, Stephan, Spehl y Thomas, Gruetzner, *Corporate Internal Investigations: Overview of 13 Jurisdictions*, cit., § 6.04 (versión electrónica).

<sup>1079</sup>*Upjohn Co. V. U.S.*, 449, U.S. 383 (1981).

<sup>1080</sup>El supuesto de hecho sometido a examen consistía en el siguiente. Una empresa farmacéutica que había tenido noticias, a través de una auditoría independiente, de la posible existencia de pagos ilícitos a funcionarios extranjeros en algunas de sus filiales en el extranjero, decidió iniciar una investigación interna. Para ello envió unos cuestionarios a determinados empleados, con el propósito de determinar la naturaleza e importancia de los pagos, y en los que les informaba de la absoluta confidencialidad de la investigación que se estaba desarrollando. Asimismo el abogado de la compañía tuvo con ellos diversas entrevistas. Una vez terminada la investigación, la compañía decidió poner en conocimiento de la SEC y del IRS –organismo federal equivalente a nuestra Agencia Tributaria- el resultado de su investigación, dando lugar al inicio de una investigación oficial por este último sobre las consecuencias fiscales de los pagos ilícitos descubiertos. Entonces el IRS requirió a la compañía para que aportara, entre otros documentos, los cuestionarios que había remitido a los empleados y las notas que su abogado había obtenido durante la realización de las entrevistas. La entidad se negó a aportarlos alegando que unos y otros estaban protegidos por el *attorney-client privilege* y por la *work-product doctrine*. El asunto llegó finalmente al Tribunal de Apelación del Sexto Circuito, que denegó la protección reclamada por la entidad, al entender que las únicas comunicaciones protegidas por la confidencialidad entre abogado-cliente eran las sostenidas entre el abogado de la compañía y aquellos que tenía en la misma capacidad de decisión. Green, Bruce A. y Podgor, Ellen S., «Unregulated Internal Investigations: Achieving Fairness for Corporate Constituents», 54 *B.C. L. Rev.* 73 (2013), p. p. 95-96.



relevante<sup>1081</sup>. En cualquier caso, aun admitiendo esta posibilidad, el Tribunal recuerda que, de conformidad con la regla 501 de las *Federal Rules of Evidence*, la aplicación o no del privilegio habrá de determinarse caso por caso<sup>1082</sup>.

Esta jurisprudencia, junto a la derivada de la *work product doctrine*, que exime de la obligación de aportar aquellos documentos elaborados por el letrado y en los que este exprese opiniones o teorías legales sobre un asunto litigioso de cara a un pleito posterior<sup>1083</sup>, ampararía que la compañía se negara a facilitar a las autoridades el resultado de su investigación interna, incluyendo a estos efectos, de manera muy significativa, como ocurrió en *Upjohn Co. v US*, las comunicaciones sostenidas entre el abogado de la compañía (sea interno o externo) y los empleados de la entidad. Por un lado, estaríamos ante comunicaciones confidenciales sostenidas entre abogado-cliente, entre el letrado de la compañía que lleva a cabo la investigación y esta última, en este caso, «representada» por sus empleados; y por otro, ante comunicaciones destinadas a obtener asesoramiento o consejo profesional porque cuando el letrado de la entidad realiza estas diligencias, como refleja muy bien el supuesto de hecho examinado en *Upjohn Co. v US*, está reuniendo información para aconsejarla sobre cuál ha de ser su comportamiento ante la existencia del ilícito que se investiga.

Ahora bien, una y otra garantía son renunciables y de hecho, de conformidad con las consideraciones que hemos expuesto con anterioridad, y no obstante las previsiones al respecto de los últimos *Memos* de la Fiscalía, más cuidadosos sobre el particular, las entidades así lo

---

<sup>1081</sup>Declara al respecto el Tribunal: «The control group test adopted by the court below thus frustrates the very purpose of the privilege by discouraging the communication of relevant information by employees of the client to attorneys seeking to render legal advice to the client corporation. The attorney's advice will also frequently be more significant to noncontrol group members than to those who officially sanction the advice, and the control group test makes it more difficult to convey full and frank legal advice to the employees who will put into effect the client corporation's policy. See, e. g., *Duplan Corp. v. Deering Milliken, Inc.*, 397 F. Supp. 1146, 1164 (SC 1974) ("After the lawyer forms his or her opinion, it is of no immediate benefit to the Chairman of the Board or the President. It must be given to the corporate personnel who will apply it"). The narrow scope given the attorney-client privilege by the court below not only makes it difficult for corporate attorneys to formulate sound advice when their client is faced with a specific legal problem but also threatens to limit the valuable efforts of corporate counsel to ensure their client's compliance with the law».

<sup>1082</sup>Dice la resolución al respecto: «Needless to say, we decide only the case before us, and do not undertake to draft a set of rules which should govern challenges to investigatory subpoenas. Any such approach would violate the spirit of Federal Rule of Evidence 501. See S. Rep. No. 93-1277, p. 13 (1974) ("the recognition of a privilege based on a confidential relationship (...) should be determined on a case-by-case basis")». Para una exposición más detallada del contenido de esta sentencia, véase, Hines, Christopher T., «Returning to First Principles of Privilege Law: Focusing on the Facts in Internal Corporate Investigations», 60 *U. Kan. L. Rev.* 33 (2011), p. p. 51-62. Sobre la aplicación que los Tribunales Federales han hecho de la misma, véase, Snider, Jerome G., Ellins, Howard A. y Flynn, Michael S., *Corporate Privileges and Confidential Information*, cit., § 2.04 (versión electrónica).

<sup>1083</sup>Strader, Kelly J., *Understanding White Collar...*, cit., p. 351.

harán normalmente porque cuanto más información aporten, en mejor posición estarán para negociar con la acusación pública y evitar que se formule contra ella acusación penal

Es evidente que pueden surgir conflictos de intereses entre la empresa y sus empleados, que podrían haber revelado al abogado de la compañía, durante la investigación interna, alguna información que pudiera ser incriminatoria y que pudiera dar lugar a futuras acusaciones penales en su contra. Si fuera así, estos no podrán alegar que la aportación de esa información vulneraría su derecho a no declarar contra sí mismos, consagrado en la Quinta Enmienda. Estas investigaciones se desarrollan en un entorno privado donde no rigen las garantías propias de una investigación penal<sup>1084</sup>. La Fiscalía tiene una influencia indirecta en ellas pero propiamente no participa en su ejecución<sup>1085</sup>.

Ahora bien, lo que sí podrían sostener estos empleados es que esa comunicación que mantuvieron con el abogado de la compañía estaba protegida por su propio *attorney-client privilege*, al haber sido prestada en la creencia de que, además de a la entidad, aquél les representaba y asistía a ellos. Precisamente para evitar esta alegación, los abogados de las compañías normalmente informarán a los empleados, antes de iniciar tales entrevistas, que solo representan a la compañía y que esa comunicación está comprendida en los márgenes de su *attorney-client privilege*, el de la empresa, al que por tanto esta puede renunciar libremente<sup>1086</sup>. Si no se hubieran hecho estas advertencias o por cualquier otra razón la situación fuera ambigua respecto a si el abogado de la entidad lo es también del empleado, y la cuestión se planteara ante los Tribunales, estos suelen aplicar el denominado *Bevill Test*, establecido por el Tribunal de Apelación del Tercer Circuito en 1986, en el caso *In re Bevill, Bresler & Schulman Asset*

---

<sup>1084</sup>Green, Bruce A. y Podgor Ellen S., «Unregulated Internal Investigations...», cit., p. p. 76-78

<sup>1085</sup>Green, Bruce A. y Podgor Ellen S., «Unregulated Internal Investigations...», cit., p. 78.

No obstante lo expuesto, algunos autores, apoyándose precisamente en las resoluciones judiciales dictadas en el caso de *KPMG*, han defendido que si la investigación interna está relacionada directamente con la intención de conseguir algún tipo de acuerdo con la Fiscalía y esta hubiera ejercido una presión indebida sobre la compañía para que, a su vez, presionara a sus empleados para que colaboraran con la investigación, bajo amenazas de cualquier represalia, como sucedió en ese caso, se podría entender que los *corporate internal investigators* están actuando como auténticos agentes del gobierno; permitiendo, en consecuencia, que los empleados sí gozaran de los derechos que la Constitución consagra para los supuestos de investigaciones penales llevadas a cabo por las autoridades. En este sentido, Lowell, Abbe D. y Man, Christopher D., «Federalizing Corporate Internal Investigations and the Erosion of Employees Fifth Amendment Rights», *40 Ann. Rev. Crim. Proc.* III (2011) p. p. 4- 5. También, Griffin, Lisa K., «Compelled cooperation and the new corporate criminal procedure», *82 N.Y.U. L. Rev.* 311 (2007), p. p. 365-378.

<sup>1086</sup>En este sentido, Green, Bruce A. y Podgor Ellen S., «Unregulated Internal Investigations...», cit., p. 100. También, Stephan, Spehl y Thomas, Gruetzner, *Corporate Internal Investigations: Overview of 13 Jurisdictions*, cit., § 4.03 (versión electrónica), que se refiere a estas advertencias con la denominación de *Upjohn Warning*, en referencia a los *Miranda Warnings*.

*Management Corp*<sup>1087</sup>. Según el mismo, aquel que alegue, en este contexto, que sus comunicaciones están protegidas por la confidencialidad abogado-cliente deberá acreditar: que acudió al abogado en busca de asistencia legal; que cuando lo hizo dejó claro que lo hacía como persona individual y no, en su caso, en nombre de la entidad; que el abogado aceptó prestarle asistencia en esta condición, conociendo que ello podía generarle un conflicto de intereses; que su comunicación fue confidencial; y, por último, que la parte sustancial de la misma no giró precisamente en torno a los asuntos de la compañía<sup>1088</sup>.

Otro escenario distinto sería aquel en el que la entidad y el directivo o empleado hubieran alcanzado un *joint defense agreement*, esto es, hubieran decidido colaborar juntos para conseguir la mejor defensa en el proceso correspondiente, bien compartiendo el mismo abogado, bien con abogados distintos pero con el compromiso expuesto. Si ello fuera así todas las comunicaciones destinadas a procurar esa defensa común estarían protegidas por el *attorney-client privilege*, y ello aunque, en el caso de existir varios abogados, algunas se hubieran mantenido con el letrado de otro miembro del acuerdo<sup>1089</sup>. La existencia de un acuerdo de este tipo no impide que, con posterioridad, uno de los participantes, y en particular la entidad, decida renunciar a la confidencialidad de sus propias comunicaciones, porque, por ejemplo, quiera colaborar con las autoridades. Pero esta renuncia, lógicamente, no podrá afectar a las comunicaciones confidenciales de otros miembros del acuerdo, en este caso, las de sus empleados o directivos<sup>1090</sup>.

Un último aspecto cabe destacar sobre la revelación del resultado de las investigaciones internas realizadas por las compañías. Cuando una entidad, en un intento de colaborar con las autoridades, revela el contenido íntegro de su investigación interna a la autoridad que corresponda -en el caso de un proceso penal, a la Fiscalía-, surge la cuestión de si, a partir de dicho momento, la renuncia que esa revelación implica de las garantías a las que nos hemos estado refiriendo, debe o no tener efecto frente a cualquier otra autoridad o, incluso, frente a

---

<sup>1087</sup>*In re Bevil, Bresler & Schulman Asset Management Corp.*, 805 F.2d 120 (3rd Cir. 1986). Véase, Green, Bruce A. y Podgor Ellen S., «Unregulated Internal Investigations...», cit., p. 101.

<sup>1088</sup>Green, Bruce A. y Podgor Ellen S., «Unregulated Internal Investigations...», cit., p. 101.

<sup>1089</sup>Véase, Stephan, Spehl y Thomas, Gruetzner, *Corporate Internal Investigations: Overview of 13 Jurisdictions*, cit., § 5.05 (versión electrónica).

<sup>1090</sup>Véase, Stephan, Spehl y Thomas, Gruetzner, *Corporate Internal Investigations: Overview of 13 Jurisdictions*, cit., § 5.05 (versión electrónica).

otros futuros litigantes privados (pensemos por ejemplo en una acción ejercida por los accionistas), que pudiera requerirle idéntica revelación<sup>1091</sup>.

A este respecto, los Tribunales Federales de Apelación no han sido siempre coincidentes. Para la mayoría, encabezados por el Tribunal de Apelación del Distrito de Columbia, la revelación voluntaria de un informe que refleje los resultados de una investigación interna que, como tal, podría estar protegido por el *attorney-client privilege* y la *work product doctrine*, implica una renuncia definitiva de tales derechos y, a partir de ese momento, cualquier otro litigante, privado o público, puede instar su aportación a otro procedimiento<sup>1092</sup>. Otros Tribunales, sin embargo, no comparten esta opinión, y han mantenido que la renuncia a estas garantías solo se extiende al procedimiento en el que se aporta el informe en cuestión. Posición minoritaria que emana fundamentalmente de la sentencia dictada por el Tribunal del Octavo Circuito en *Diversified Industries v. Meredith*<sup>1093</sup>. Aún existe una tercera posición, la de aquellos que entienden que la renuncia se extenderá a todos los futuros procedimientos salvo que la entidad, cuando realice la primera presentación del informe, declare expresamente que se reserva el derecho a alegar, en otros procedimientos y frente a otras partes, la protección derivada de la confidencialidad entre abogado y cliente y de la *work product doctrine*<sup>1094</sup>.

#### **IV. LOS DEFERRED PROSECUTION AGREEMENTS**

##### **1. Los *plea bargains* en general**

Íntimamente relacionado con la discrecionalidad que, respecto al ejercicio de la acción penal, se otorga al Fiscal, en el proceso penal, encontramos otro campo donde su primacía resulta evidente. Es el de los acuerdos o *plea bargainings*.

---

<sup>1091</sup>Véase al respecto, Stephan, Spehl y Thomas, Gruetzner, *Corporate Internal Investigations: Overview of 13 Jurisdictions*, cit., § 11.07 (versión electrónica). También, Rakoff, Jed S. y Sack, Jonathan S., *Federal Corporate Sentencing: Compliance...*, cit., § 6.02 (versión electrónica).

<sup>1092</sup>Stephan, Spehl y Thomas, Gruetzner, *Corporate Internal Investigations: Overview of 13 Jurisdictions*, cit., § 11.07 (versión electrónica), citando tres casos al respecto: *In re Subpoenas Duces Tecum (Fulbright and Jaworski)*, 738 F.2d 1367 (D.C. Cir. 1984); *In re Sealed Case*, 676 F.2d 793 (D.C. Cir. 1982); y *Permian Corp. v. United States*, 665 F.2d 1214 (D.C. Cir. 1981).

<sup>1093</sup>*Diversified Industries v. Meredith*, 572 F.2d 596 (8th Cir. 1977); Stephan, Spehl y Thomas, Gruetzner, *Corporate Internal Investigations: Overview of 13 Jurisdictions*, cit., § 11.07 (versión electrónica).

<sup>1094</sup>*Teachers Insurance and Annuity Ass'n of America v. Shamrock Broadcasting Company Inc.*, 521 F. Supp. 638 (S.D.N.Y. 1981). Stephan, Spehl y Thomas, Gruetzner, *Corporate Internal Investigations: Overview of 13 Jurisdictions*, cit., § 11.07 (versión electrónica).

La gran mayoría de los procedimientos penales por delito en los Estados Unidos, tanto a nivel federal como estatal, terminan como consecuencia de un acuerdo alcanzado entre el Fiscal y el acusado que evita la celebración del juicio oral. La forma estadounidense tradicional de impartir la justicia penal ha sido transformada por estos acuerdos. En efecto, la concepción tradicional, según la cual la culpabilidad de una persona habría de ser determinada por un Jurado, después de la celebración de un juicio, con la correspondiente práctica de prueba, ha sido desplazada por una nueva concepción, donde la pieza clave son estos acuerdos, alcanzados después de la correspondiente negociación entre el Fiscal y el imputado<sup>1095</sup>.

El Tribunal Supremo Federal ha reconocido, por su parte, que tales acuerdos son conformes con la Constitución. Así lo hizo en *Brady v. United States*<sup>1096</sup>, para algunos autores<sup>1097</sup>, el «*leading case*» sobre el particular. En esta sentencia, dicho órgano se pronuncia claramente a su favor, considerándolos acordes con la Carta Magna e inherentes, dice el Alto Tribunal, al Derecho Penal y a su administración, destacando las ventajas que conlleva tanto para el acusado como para el Estado<sup>1098</sup>. Al primero, le permite, por un lado, limitar el tiempo que está sometido al procedimiento y comenzar rápidamente la etapa posterior al mismo destinada a cumplir la pena o sanción impuesta; y por otro, eliminar las cargas habituales que suponen la celebración de un juicio, que podría conducirle a la imposición de la pena máxima, que puede evitar precisamente a través del acuerdo en cuestión. Al Estado, por su parte, le permite, además del correspondiente ahorro en recursos, que quedan reservados para aquellos

---

<sup>1095</sup>Kamisar, Yale, LaFave Wayne R., Israel Jerold H., King Nancy J. y Kerr, Orin S., *Modern Criminal...*, cit., p. 1271. En general, sobre estos acuerdos, véase, Kamisar, Yale, LaFave Wayne R., Israel Jerold H., King Nancy J. y Kerr Orin S., *Modern Criminal...*, cit., p. p. 1271-1348; Saltzburg, Stephen A. y Capra, Daniel J., *American Criminal...*, cit., p. p. 1029-1082. También, Singer, Richard G., *Criminal Procedure II: from bail to jail*, cit., p. p. 129-166; Henning, Peter J., Taslitz, Andrew, Paris, Margaret L., Jones, Cynthia E. y Podgor Ellen S., *Mastering Criminal Procedure*, cit., vol. 2, p.p. 144-175; Emanuel, Steven L., *Criminal Procedure*, cit., p. p. 354-360.

Sobre la polémica que los mismos generan en la doctrina norteamericana, con posiciones encontradas a favor y en contra de su existencia, véanse, entre otros, Green, Bruce A., «Right to Plea Bargain with Competent Counsel after Cooper and Frye: Is the Supreme Court Making the Ordinary Criminal Process Too Long, Too Expensive, and Unpredictable in Pursuit of Perfect Justice», *51 Duq. L. Rev.* 735 (2013); Veloski, J. Peter, «Bargain for Justice or Face the Prison of Privileges. The Ethical Dilemma in Plea Bargain Waivers of Collateral Relief», *86 Temp. L. Rev.* 429 (2013); Bibas, Stephanos, «Regulating the Plea-Bargaining Market: From Caveat Emptor to Consumer Protection», *99 Cal. L. Review*, 1117 (2011); Oren, Gazal, «Partial Ban on Plea Bargains», *27 Cardozo Law Review* 5 (2006); Wright, Ronald F., «Trial Distortion and The End of Innocence in Federal Criminal Justice», *154 U. Pa. L. Rev.* 79 (2005); Standen, Jeffrey, «Plea Bargaining in the Shadow of the Guidelines», *81 Cal. L. Rev.* 1471 (1993); Scott, Robert E. y Stuntz, William J., «Plea Bargaining as contract», *101 Yale L. J.* 1909 (1992); Schulhofert, Stephen J., «Plea Bargaining as Disaster», *101 Yale L.J.* 1979 (1992). También, Singer, Richard G., *Criminal Procedure II: from bail to jail*, cit., p. p. 143-146.

<sup>1096</sup>*Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970).

<sup>1097</sup>Saltzburg, Stephen A. y Capra, Daniel J., *American Criminal...*, cit., p. 1033.

<sup>1098</sup>Declaró el Tribunal lo siguiente: «The issue we deal with is inherent in the criminal law and its administration because guilty pleas are not constitutionally forbidden, because the criminal law characteristically extends to judge or jury a range of choice in setting the sentence in individual cases, and because both the State and the defendant often find it advantageous to preclude the possibility of the maximum penalty authorized by law».

supuestos en los que realmente haya dudas sobre si se podrá probar la culpabilidad, mayor efectividad en los objetivos que persigue con el castigo de las infracciones penales, dada su más rápida imposición.

Partiendo de esta concepción de los *plea bargaining* como acuerdo mutuo entre las partes del que se derivan ventajas para ambas<sup>1099</sup>, para el Tribunal Supremo Federal, lo esencial será que dicho acuerdo haya sido aceptado voluntariamente por un acusado con capacidad para ello y que haya comprendido adecuadamente las consecuencias que de él se derivan<sup>1100</sup>. Si dicha voluntariedad existe, los acuerdos alcanzados habrán de cumplirse, lo que no ocurrirá, por el contrario, cuando, para prestar su conformidad con los mismos, el acusado haya sido inducido por amenazas, confusiones o promesas que puedan calificarse como inadecuadas y no propias de la función del Fiscal.

También reconoce el Tribunal Supremo en *Brady v. United States* que el proceso para alcanzar estos acuerdos no es más fiable que el juicio mismo y que, por tanto, como este, conlleva riesgos para las personas inocentes. Pero, simultáneamente, expresa su confianza en que los mecanismos existentes en el sistema permiten a los jueces asegurarse de que se han cumplido los requisitos expuestos, añadiendo, y esto resulta significativo, que en principio no se tiene por qué dudar de la exactitud y realidad de la admisión que realiza un acusado respecto de los hechos que se le imputan<sup>1101</sup>.

---

<sup>1099</sup>En línea con esta concepción, para el Tribunal Supremo -*Weatherford v. Bursey*, 429 U.S. 545 (1977)- no existe un derecho constitucional a que el Fiscal ofrezca ningún tipo de acuerdo, de manera que el mismo puede preferir sin más ir a juicio, lo que no vulneraría ningún derecho del imputado. Dice el Tribunal en esta sentencia: «It is a novel argument that constitutional rights are infringed by trying the defendant, rather than accepting his plea of guilty».

<sup>1100</sup>Ya en la sentencia dictada en el año 1927, en el caso *Kercheval v. United States*, 274 U.S. 220 (1927), el Tribunal había resaltado que los Tribunales tenían que ser muy cuidadosos en la comprobación de la voluntariedad de las declaraciones de culpabilidad, declarando que la persona en cuestión debía estar debidamente asesorada y entender las consecuencias de dicha declaración. Para el Tribunal, en esta sentencia, un *guilty plea* es más que una mera admisión de hechos o que una confesión extrajudicial, es en sí mismo una condena, tan determinante como un veredicto de un Jurado. Después de tal declaración, dice el Tribunal, no se requiere nada más, y el Juez correspondiente no tiene otra función que emitir a continuación su decisión de condena y dictar la pena.

<sup>1101</sup>Otras sentencias destacables dictadas por el Tribunal en este campo han sido, *North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25 (1970), donde insistió en la necesidad de que el acuerdo fuera voluntario, circunstancia que concurriría aun cuando se hubiera aceptado, como fue el caso, para evitar la pena de muerte; *Mitchell v. United States*, 526 U.S. 314 (1999), donde se destaca la necesidad de que el Juez, a la hora de recibir la declaración de culpabilidad, compruebe efectivamente que existe una base fáctica para ello; *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257, 262 (1971), donde, en línea con el caso Brady, reitera las ventajas de los acuerdos alcanzados entre el Fiscal y el acusado después de las correspondientes negociaciones, acuerdos que considera no sólo una parte esencial del proceso sino una muy deseable; o *Mabry v. Johnson*, 467 U.S. 504 (1984), donde, reiterando el carácter consensual de este tipo de acuerdo, afirma claramente que su no cumplimiento vulnera el derecho al proceso debido. También resultan relevantes los pronunciamientos dictados en *Padilla v. Kentucky*, 559 U.S. 356 (2010), *Lafler v. Cooper*, 132 S. Ct.

Varias son las clases de acuerdo que pueden alcanzarse. Puede ocurrir que el acusado sencillamente reconozca su culpabilidad –*plea guilty*– a cambio de una pena más leve, de que se formule acusación por un delito menos grave o de que se retire la acusación por alguno de ellos. Puede también declararse culpable, pero reservarse la posibilidad de apelar algún extremo del caso, de manera que, si fuera estimado su recurso, podrá retirar su declaración de culpabilidad<sup>1102</sup>. Y, en tercer lugar, puede alcanzar un *non-prosecution agreement* o un *deferred prosecution agreement*. En estos casos no se llega a formular propiamente un *plea guilty*. En un *non-prosecution agreement*, el Fiscal acepta no formular acusación, a cambio de que el imputado cumpla una serie de condiciones. En un *deferred prosecution agreement*, la Fiscalía, sí presenta su escrito de acusación ante el Tribunal, pero no insta la continuación del procedimiento a cambio, de nuevo, del cumplimiento por el imputado de una serie de condiciones. En uno y otro caso, si las condiciones establecidas no se cumplen el proceso penal seguirá su curso, formulándose acusación en el primer caso, o instando sencillamente su continuación en el segundo<sup>1103</sup>.

En los casos en los que el acuerdo suponga, como hemos dicho, la emisión por el acusado de un *plea guilty*, esto es, de una declaración de reconocimiento de hechos, esta declaración se hará ante el Juez<sup>1104</sup> que ejercerá sobre ella ciertas facultades de control,

---

1376 (2012) y *Missouri v. Frye*, 132 S. Ct. 1399 (2012), en los que el Tribunal Supremo Federal se pronuncia sobre la debida asistencia letrada durante el proceso de negociación.

<sup>1102</sup>Un ejemplo típico de este tipo de acuerdos es aquel en el que, instada la declaración de nulidad de una determinada prueba y su expulsión del procedimiento, esta moción es desestimada por el *trial judge*. Entonces el acusado puede declararse culpable de los hechos que se le imputan pero reservarse la posibilidad de apelar este pronunciamiento. Si su recurso fuera estimado podrá retirar su *plea guilty*, correspondiendo entonces a la Fiscalía decidir si quiere o no seguir adelante en ausencia de la prueba excluida. Saltzburg, Stephen A. y Capra, Daniel J., *American Criminal...*, cit., p. 1082.

<sup>1103</sup>Véase, Singer, Richard G., *Criminal Procedure II: from bail to jail*, cit., p. p. 147-149. También, respecto a la diferencia entre las dos últimas modalidades de acuerdo, O' Reilly, James T., Hanlon, James P. y otros, *Punishing Corporate Crime. Legal Penalties for Criminal and Regulatory violations*, 1º ed. 2009, p. 124; y Orland, Leonard, «The Transformation of Corporate...», cit., p. 56.

Por último, en algunas jurisdicciones es posible que el acusado se acoja a lo que se conoce como un *plea of nolo contendere*. Es este un tipo de declaración que no implica ningún reconocimiento de culpabilidad, pero que sí supone la conformidad con la no celebración del juicio y, en su caso, con la imposición de una determinada pena. Esta declaración sólo se puede realizar con el consentimiento del Juez que, de ordinario, no lo admitirá si el Fiscal no está de acuerdo. A diferencia de un *plea guilty*, y con matices distintos en aquellas jurisdicciones estatales que la admiten, este tipo de conformidad no podrá ser utilizada en una posible acción civil posterior como prueba de que el acusado cometió el hecho. Sí dará lugar a que se imponga una pena como en el caso de un *guilty plea* y la condena podrá ser valorada en otros procedimientos, por ejemplo, a los efectos de determinar la existencia de antecedentes penales. Kamisar, Yale, LaFave, Wayne R., Israel Jerold H., King Nancy J. y Kerr, Orin S., *Modern Criminal...*, cit., p. 1328.

<sup>1104</sup>El proceso de negociación previo a la consecución de este tipo de acuerdos entre el Fiscal y el acusado puede tener lugar en cualquier momento del procedimiento, de manera que una previa declaración de no culpabilidad puede posteriormente convertirse en una declaración de culpabilidad. Cabe destacar asimismo que, en la Jurisdicción Federal, no existe una regulación sobre cómo debe desarrollarse este proceso de negociación, aunque sí se reconoce expresamente como causa de que el acusado se declare culpable. Dice en este sentido, la

destinadas fundamentalmente a asegurarse que es voluntaria y consciente y que el acusado comprende suficientemente las consecuencias de la misma<sup>1105</sup>. A estos efectos, el Juez, a través de un diálogo con el acusado<sup>1106</sup> debe confirmar que aquella declaración no responde a ninguna amenaza o coacción o a ninguna promesa al margen de las que figuren, en su caso, en el acuerdo alcanzado. Debe además asegurarse que existe una base fáctica para la misma. Así está previsto en la regulación federal sobre esta materia, siguiendo la doctrina sobre el particular establecida por el Tribunal Supremo Federal<sup>1107</sup>.

De esta forma, aunque el Juez no interviene en la discusión entre las partes, sí controla que si de esta deriva una declaración de culpabilidad, se cumplan los requisitos expuestos. Si no es así, podrá rechazarla. En consecuencia, existe un cierto control, aunque sea indirecto sobre la citada discusión y especialmente sobre si su desarrollo fue tal que despierte dudas la voluntariedad de la aceptación final del acuerdo alcanzado<sup>1108</sup>.

## **2. Los *plea bargains* y las personas jurídicas. Los *deferred prosecution agreements*: una realidad en discusión**

Como ocurre con las personas físicas, cuando el acusado es una persona jurídica, en escasas ocasiones, esta acusación se dirime en un juicio oral. La aplicación práctica de los criterios formulados en los distintos *Memos* de la Fiscalía ha conducido a que, casi siempre, la determinación de la responsabilidad penal de una persona jurídica y sus consecuencias se plasme en un acuerdo que evite la celebración de dicho juicio<sup>1109</sup>.

---

Regla 11, (c), 1, de las *Federal Rules of Criminal Procedure*, que el Fiscal y el Abogado del acusado podrán discutir y alcanzar un acuerdo, añadiendo que el Juez no puede intervenir en las discusiones. La única salvedad, prevista igualmente en la regulación federal –regla 11 (c)–, es que si el acuerdo pretende la imposición de una pena concreta o de una norma determinada de las *sentencing guidelines*, exigirá la aprobación del Juez para que dicha petición sea vinculante; por lo que de esta manera interviene, en cierta medida, en la configuración del acuerdo. La prohibición de que el Juez intervenga en las negociaciones no está exenta de polémica. Sobre este particular, véase, Kamisar, Yale, LaFave, Wayne R., Israel Jerold H., King Nancy J. y Kerr, Orin S., *Modern Criminal...*, cit., p. 1293-1296.

<sup>1105</sup>Sobre este particular y los trámites correspondientes, véase, Kamisar, Yale, LaFave, Wayne R., Israel, Jerold H., King Nancy J. y Kerr, Orin S., *Modern Criminal...*, cit., p. p. 1328-1343. También, Singer, Richard G., *Criminal Procedure II: from bail to jail*, cit., p. p. 149-158; Henning, Peter J., Taslitz, Andrew, Paris, Margaret L., Jones, Cynthia E. y Podgor, Ellen S., *Mastering Criminal Procedure*, cit., vol. 2, p. p. 148-166.

<sup>1106</sup>Una transcripción del contenido de estos diálogos puede verse en Saltzburg, Stephen A. y Capra, Daniel J., *American Criminal Procedure...*, p. p. 1057-1068.

<sup>1107</sup>*North Carolina v. Alford*, 400 U.S., 25 (1970) o *Mitchell v. United States*, 526 U.S. 314 (1999).

<sup>1108</sup>El hecho de que estemos realmente ante acuerdos voluntarios, dadas las muy diferentes posiciones en las que se encuentran Fiscal y el imputado, es una cuestión muy polémica. De hecho, podríamos decir que es uno de los talones de Aquiles del sistema de acuerdos.

<sup>1109</sup>De conformidad con las estadísticas anuales publicadas por la *Sentencing Commission* (disponibles en [http://www.ussc.gov/Research\\_and\\_Statistics/Annual\\_Reports\\_and\\_Sourcebooks/Archives.cfm](http://www.ussc.gov/Research_and_Statistics/Annual_Reports_and_Sourcebooks/Archives.cfm), en el año 2013, el número de personas jurídicas condenadas fue de 172, lo que supuso un 8% menos que el año anterior, cuando este



Así estos acuerdos, particularmente los *non-prosecution* o *deferred prosecution agreements*, se han convertido en un protagonista esencial del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en los Estados Unidos.

El incremento que este tipo de acuerdos y, sobre todo, el segundo de ellos, ha experimentado en los últimos años no admite duda alguna, y ha sido especialmente notable a partir del caso *Arthur Andersen* que, por los efectos devastadores que el proceso penal tuvo sobre la compañía, marcó, a este respecto, un punto de inflexión<sup>1110</sup>.

Estos acuerdos consisten básicamente, según hemos adelantado, en que el Fiscal no instará la continuación del proceso penal contra la entidad a cambio de que esta cumpla determinados compromisos, previamente pactados. Si tales compromisos se cumplen, la entidad evitará definitivamente el juicio oral.

El contenido típico de un *deferred prosecution agreement –DPA-* (y también de un *non prosecution agreement –NPA-*<sup>1111</sup>) sería el siguiente<sup>1112</sup>: admisión de responsabilidad por parte

---

número ascendió a 187, y un 7,5% menos que en el año 2011, cuando el número de entidades condenadas ascendió a 160. Del total de condenas, solo 9 se impusieron tras la celebración del juicio y el resto fue consecuencia de un acuerdo con reconocimiento de hechos –*plea guilty*-. Según estas mismas estadísticas en 2010, se condenó a 149 entidades; en 2009, a 177; en 2008, a 199; en 2007, a 197; en 2006, a 217; en 2005, a 187; en 2004, a 130; en 2003, a 200 entidades; en 2002, a 252; en 2001, a 238; en 2000, a 304; y en 1999, a un total de 255 organizaciones.

<sup>1110</sup>En este sentido, entre otros, O'Sullivan, Julie R., «How Prosecutors Apply the "Federal Prosecutions of Corporations" ...», cit., p. 53; Golumbic, Court E. y Lichy y Albert D., «The "Too Big to Jail": Effect and the Impact on the Justice Department's Corporate Charging Policy», *65 Hastings L.J.* 1293 (2014), p. p. 1306-1307; Larkin, Paul J. Jr., «Funding Favored Sons and Daughters: Nonprosecution Agreements and "Extraordinary Restitution" in Environmental Criminal Cases», *47 Loy. L.A. L. Rev.* 1 (2013), p. p. 17-19; Uhlmann, David M., «Deferred Prosecution and Non-prosecution Agreement and the Erosion of Corporate Criminal Liability», *72 Md. L. Rev.* 1295 (2013), p. p. 1310-1311; Zierdt, Candance y Podgor, Ellen S., «Corporate Deferred Prosecutions Through the Looking Glass of Contract Policing», *96 Ky. L.J.* 1 (2007- 2008), p. 2.

También, Epstein, Richard, «Deferred Prosecution Agreements on Trial», en *Prosecutors in the Boardroom: Using Criminal Law to regulate* (editors Anthony S. y Rachel E. Barkow), NYU Press, 2011, p. p. 46-48; Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 8.05 (versión electrónica).

En la misma línea, sobre el aumento de este tipo de acuerdos, Brickey, Kathleen F., «Perspectives on Corporate...», p. 25, que lo califica de dramático.

A falta de una estadística oficial y global sobre el número de acuerdos que se alcanzan anualmente, el mismo puede variar ligeramente de algún autor a otro. Así, para Julie O'Sullivan, que critica, precisamente, esta falta de datos (a excepción de los facilitados por la *Fraud Section's Foreign Corrupt Practices Act Unit*) la Fiscalía, entre 2000 y 2012, alcanzó un total de 260 acuerdos. Véase, O'Sullivan, Julie R. «How Prosecutors Apply the "Federal Prosecutions of Corporations" ...», cit., p. 50. Por su parte para Paul J. Larkin Jr., en los últimos ocho años, han sido doscientos el número de estos acuerdos, concretando que su valor ha aumentado desde los 289 millones de dólares en 2008 a los 3000 millones desde 2009. Véase, Larkin, Paul J. Jr., «Funding Favored Sons and Daughters...», cit., p. 6.

Otro autor como David M. Uhlmann, citando otras fuentes, declara que entre 2006 y 2012, los *deferred prosecution* y *non-prosecution agreements* ascendieron a 216, con una media de 31 acuerdos por año. Véase, Uhlmann, David M., «Deferred prosecution and non-prosecution agreement and the erosion of corporate criminal liability...», cit. p. 15.

<sup>1111</sup>La diferencia fundamental entre uno y otro acuerdo es que en el caso de un *NPA*, la Fiscalía, cuando alcanza el acuerdo, no ha formulado cargos contra la entidad; algo que sí ha hecho en el caso de un *DPA*, aun cuando su

de la entidad; su compromiso de colaborar con las investigaciones que estén en marcha, incluyendo aquellas que afecten a sus agentes y empleados; el pago de multas y otras sanciones pecuniarias; la obligación de mejorar los programas de cumplimiento, en ocasiones, bajo la supervisión de un monitor a costa de la propia entidad; la renuncia al derecho a un juicio rápido; la inclusión de una disposición expresa, según la cual, si la compañía cumple el acuerdo el procedimiento penal no continuará, pero si lo incumple, se formulará acusación contra ella, y entonces, el reconocimiento de hechos incluido en el acuerdo equivaldrá, en el proceso penal, a una admisión de hechos; la inclusión de una declaración general de que el acuerdo no vincula a otras partes<sup>1113</sup>.

Varias son las cuestiones que surgen en torno al reinado absoluto de este tipo de acuerdos.

1. En primer lugar, y en línea con las críticas que, con carácter general, suscitan los *plea bargains* como alternativa al proceso penal, algunos autores consideran que estos acuerdos, a menudo, constituyen un abuso por parte de la Fiscalía. Las compañías, ante el temor de ser condenadas y seguir el destino de *Arthur Andersen*, no tienen otra opción que aceptar las condiciones que les impone la Fiscalía<sup>1114</sup> que, a través de ellos, no solo impone la adopción de programas de *compliance* sino, frecuentemente, renuncias a derechos tales como el *attorney-*

---

tramitación quede «suspendida» a la espera del cumplimiento del acuerdo. Pero, al margen de ello, su contenido puede ser muy parecido. Los autores los tratan conjuntamente y las cuestiones que plantean son las mismas. Uno y otro, por su parte, difieren de un *plea guilty*. En este último, formulada la acusación, la entidad acusada reconoce los hechos y se le impone la pena que corresponda. En este tipo de acuerdos, el juez tendrá la misma intervención que si el acusado fuera una persona física; lo que implica, como hemos descrito con anterioridad, cierto control sobre su regularidad y voluntariedad, que no existe sin embargo cuando lo que se alcanza es un *NPA* o *DPA*. En cualquier caso, cabe destacar que, no obstante dicho control, los jueces rara vez rechazan un acuerdo. Véase, Garrett, Brandon L., «Globalized Corporate Prosecutions», 97 *Va. L. Rev.* 1775 (2011), p. p. 1801-1804.

De conformidad con el *U.S. Attorney Manual*, los fiscales deberían alcanzar este tipo de acuerdos en casos de delitos graves, cuando estén implicados altos directivos y cuando ni el ejercicio de acciones civiles, ni la persecución de las personas físicas, ni un *deferred prosecution agreement* sean suficientes. Garret, Brandon, L., *Too Big to Jail. How Prosecutors...*, cit., p. 163.

<sup>1112</sup>A lo largo de este trabajo, cuando examinemos la responsabilidad penal de las personas jurídicas con respecto a ciertos delitos, nos detendremos en el contenido y los detalles concretos de algunos de estos acuerdos.

<sup>1113</sup>O'Sullivan, Julie R. «How Prosecutors Apply the "Federal Prosecutions of Corporations" ...», cit., p. p. 53-54. En el mismo sentido, Kathleen F., «Perspectives on Corporate...», cit., p. 25. También, en la misma línea, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 8.05 (versión electrónica).

<sup>1114</sup>Markoff, Gabriel, «Arthur Andersen and the Myth of the Corporate Death Penalty: Corporate Criminal Convictions in the Twenty-First Century», 15 *U. Pa. J. Bus. L.* 797 (2013), p. 799 y p. p. 808-809. También, Golumbic, Court E. y Lichy, Albert D., «The "Too Big to Jail": Effect and the Impact on the Justice ...», cit., (2014), p. p. 1313-1314.

Esta falta de equilibrio entre las partes es, como hemos adelantado, una crítica aplicable a todos los *plea bargains*.

*client privilege*; lo que le permitirá utilizar sus documentos en contra de sus directivos y empleados<sup>1115</sup>.

2. En segundo lugar, y más directamente relacionado con las personas jurídicas, otros autores consideran que estos acuerdos no permiten alcanzar las finalidades de la pena, porque ni castigan suficientemente a las entidades ni previenen la comisión de nuevos delitos<sup>1116</sup>; además de alcanzarse normalmente con las grandes compañías, en grave perjuicio de las pequeñas, que son condenadas en un porcentaje mucho más elevado<sup>1117</sup>. En este sentido, especialmente feroces fueron las críticas cosechadas por la Fiscalía tras el acuerdo alcanzado con *HSBC*<sup>1118</sup> que, siendo la tercera entidad bancaria más grande del mundo, evitó someterse a un proceso penal en los Estados Unidos, alcanzando un *DPA* por el que se comprometía a abonar unos 1.900 millones de dólares, a pesar de la gravedad de los delitos que se le imputaban, entre ellos, el haber blanqueado dolosamente miles de millones de dólares procedentes de los grandes carteles mejicanos del narcotráfico<sup>1119</sup>; y ello después de que hubiera reconocido los hechos y a pesar de las pruebas abrumadoras existentes contra ella<sup>1120</sup>. El *New York Times* publicaba un editorial al respecto, el 11 de diciembre de 2012, con el título, *Too big to indict*, en el que, entre otras opiniones, declaraba que era «un día negro para el ordenamiento jurídico», y que el Gobierno había dado la impresión de que «too big to fail is too big to jail»<sup>1121</sup>.

---

<sup>1115</sup>Markoff, Gabriel, «Arthur Andersen and the Myth of the Corporate Death Penalty...», cit., p. 799 y p. p. 808-809.

<sup>1116</sup>Golumbic, Court E. y Lichy, Albert D., «The “Too Big to Jail”: Effect and the Impact on the Justice ...», cit., p. p. 1312. También, Khoeler, Mike, «The Foreign Corrupt Practices Act Under the Microscope», 15 *U. Pa. J. Bus. L.* 1, p. 19 (2012). Véase asimismo, O'Sullivan, Julie R. «How Prosecutors apply the “Federal Prosecutions of Corporations” ...», cit., p. p. 53-54. En el mismo sentido, Brickey, Kathleen F., «Perspectives on Corporate...», cit., p. p. 63-76.

<sup>1117</sup>Uhlmann, David M., «Deferred Prosecution and Non-prosecution Agreement and the Erosion of Corporate Criminal liability...», cit. p. 1326. También, Garrett, Brandon L., «Globalized Corporate...», cit., p. 1811. Para alcanzar esta conclusión, este autor analiza los datos facilitados por la *Sentencing Commission* -que critica por incompletos- y los suyos propios, obtenidos, según declara, del seguimiento de las condenas y acuerdos publicados. Con base a estos últimos datos -los que él mismo ha recogido- este autor ha confeccionado su propia base de datos (que puede consultarse en [http://lib.law.virginia.edu/Garrett/prosecution\\_agreements/](http://lib.law.virginia.edu/Garrett/prosecution_agreements/)), la cual ha sido calificada de excelente por otros autores. Véase, O'Sullivan, Julie R. «How prosecutor supply the “Federal Prosecutions of Corporations”...», cit., p. 48.

<sup>1118</sup>Véase, Markoff, Gabriel, «Arthur Andersen and the Myth of the Corporate Death Penalty...», cit., p. p. 809-810. También, Golumbic, Court E. y Lichy, Albert D., «The “Too Big to Jail”: Effect and the Impact on the Justice ...», cit., p. p. 1318-1323.

<sup>1119</sup>Véase, Markoff, Gabriel, «Arthur Andersen and the Myth of the Corporate Death Penalty...», cit., p. 809.

<sup>1120</sup>Golumbic, Court E. y Lichy, Albert D., «The “Too Big to Jail”: Effect and the Impact on the Justice ...», cit., p. 1295.

<sup>1121</sup>Véase, <http://www.nytimes.com/2012/12/12/opinion/hsbc-too-big-to-indict.html?>. También, Markoff, Gabriel, «Arthur Andersen and the Myth of the Corporate Death Penalty...», cit., p. 810. Además de las sanciones económicas la entidad bancaria se comprometió a adoptar, entre otras, las siguientes medidas: a renovar todo su equipo directivo en los Estados Unidos; a reclamar a algunos de sus altos directivos algunas de las remuneraciones

3. También, en tercer lugar, ha sido objeto de atención por la doctrina la escasa intervención que los jueces tienen en este tipo de acuerdos. Por un lado, carecen de las facultades de control que la legislación procesal les otorga en los *plea guilty*; y por otro, a menudo, se incluyen cláusulas, según las cuales corresponderá en exclusiva a la Fiscalía decidir si ha existido o no una violación de los pactos alcanzados<sup>1122</sup>.

4. Pero, sin duda, en cuarto lugar, si hay una cuestión controvertida relacionada con los efectos de los *deferred prosecution agreements*, es el «poder» que otorgan a la Fiscalía para intervenir en la vida interna de las compañías.

Como consecuencia de la aplicación de un *DPA*, los fiscales no solo pueden imponer la mejora de los programas de *compliance* y, en general, de todo el sistema de control de la compañía para evitar en el futuro la repetición de conductas similares, sino también, como hemos visto en el caso de *HSBC*, la sustitución de todo su equipo directivo y el nombramiento de

---

que habían recibido; y a modificar y mejorar su sistema de *compliance*, bajo la supervisión de un monitor externo, aumentando los recursos personales y económicos destinados a controlar su cumplimiento. El contenido del acuerdo puede consultarse en <http://www.justice.gov/sites/default/files/opa/legacy/2012/12/11/dpa-executed.pdf>.

<sup>1122</sup>Zierdt, Candance y Podgor Ellen S., «Corporate Deferred Prosecutions Through...», cit. p. p. 14-15. También, O'Sullivan, Julie R., «How prosecutors apply the "Federal Prosecutions of Corporations" ...», cit., p. p. 61-63.

En el caso *HSBC*, el Juez Federal planteó a las partes, a las que convocó expresamente a estos efectos, si de la norma 11 (c)(1)(A) de las *Federal Rules of Criminal Procedure* (que, en los casos de *plea guilty* que impliquen la retirada de acusación por algún delito, permite al juez rechazar el acuerdo o diferir su aprobación hasta el estudio del *presentence report*), resultaba aplicable a los *DPA*, permitiéndole así rechazar el acuerdo, si no reflejara debidamente la gravedad de los delitos cometidos. Tanto la Fiscalía como la entidad bancaria se opusieron a esta posibilidad. La primera destacó, entre otras cuestiones, que *HSBC*, incluso antes de ser formalmente acusada, había implementado importantes reformas; también que la cantidad de dinero que le había sido intervenida (equivalente al montante supuestamente blanqueado) había sido la más elevada de la historia. El banco, por su parte, destacó que había sustituido a toda su cúpula en los Estados Unidos; que había invertido más de 290 millones de dólares en mejorar su programa contra el blanqueo de capitales, incluyendo la contratación de una de las figuras más importantes de Departamento del Tesoro en este campo; y que había colaborado en todo momento con la investigación, una colaboración que aún continuaba. Véase, Golumbic, Court E. y Lichy, Albert D., «The "Too Big to Jail": Effect and the Impact on the Justice ...», cit., p. p. 1325-1327. El juez finalmente «aprobó» el acuerdo (en realidad su decisión consistió en aceptar la petición de la Fiscalía de paralizar el proceso penal por haber alcanzado dicho acuerdo), pero cabe indicar que su posición, que expresó además en una resolución de más de veinte páginas con referencias concretas a algunos de los pactos alcanzados, no ha sido una decisión aislada y ha sido compartida por otros jueces federales, que defienden la posibilidad de que los jueces puedan revisar este tipo de acuerdos. Véase, Golumbic, Court E. y Lichy, Albert D., «The "Too Big to Jail": Effect and the Impact on the Justice ...», cit., p. p. 1328-1331.

Véase también, Garret, Brandon L., *Too big to jail. How Prosecutors...*, cit., p. 76, que expone la posibilidad de que los jueces puedan controlar las decisiones de la Fiscalía en las que se determina unilateralmente que un acuerdo ha sido incumplido y, por tanto, se decide, ejercer acciones penales contra la entidad. Este control se llevaría a efecto a través de la impugnación ante los tribunales de dicha decisión alegando, si fuera abusiva, que la misma vulnera el derecho al proceso debido. Se cita en este sentido la resolución judicial dictada con relación al caso *Stolt-Nielsen S.A. v. United States*, 442 F3d 177 (3rd. Cir. 2006), en el que la compañía implicada pidió al juez que prohibiera a la Fiscalía formular acusación contra ella después que los fiscales hubieran decidido que no se habían respetado los términos del acuerdo previamente alcanzado. El juez entendió que, en efecto, los fiscales habían actuado arbitrariamente y dio la razón a la entidad, pero su pronunciamiento fue revocado en apelación al entenderse que el juez no podía tomar esta decisión antes de que se hubiera formulado el *indictment*. Sólo después de que la compañía fuera formalmente acusada, podría acordarse el archivo de la causa.

un *monitor* para que supervise la ejecución de todos los extremos del acuerdo<sup>1123</sup>. Este «supervisor», de conformidad con la guía que sobre su nombramiento y funciones publicó la Fiscalía en el año 2008 (*Monford Memo*), es un tercero independiente que, como tal, no trabaja ni para la Fiscalía ni para la entidad, y cuya función fundamental es evaluar y supervisar el cumplimiento de los términos del acuerdo alcanzado entre una y otra, incluyendo a estos efectos la evaluación de los controles internos y de los programas de *compliance*. Para cumplir su función, cuando sea de interés para las partes, podrá emitir informes periódicos que hará llegar tanto a la Fiscalía como a la propia compañía; y si esta última decidiera no seguir sus recomendaciones dentro de un plazo razonable, la Fiscalía podrá tener en cuenta este hecho a la hora de valorar el cumplimiento del acuerdo. La duración de esta «vigilancia» dependerá de cada caso y particularmente del tiempo que se estime necesario para que el monitor designado pueda llevar a cabo su función<sup>1124</sup>.

Pero además de este control «post acuerdo», la posibilidad misma de alcanzar un *DPA* y el hecho de que la decisión última al respecto la tenga la Fiscalía, le ha otorgado un control sobre la vida interna de la compañía, que ejerce antes incluso de su consecución y a través, fundamentalmente, de la evaluación de los programas de *compliance*. En efecto, dado que la eficacia de estos sistemas es un elemento a tener en cuenta para decidir si se formula o no acusación y por tanto si se alcanza un acuerdo, los Fiscales están llamados, antes de alcanzar ningún acuerdo, a ejercer un papel previo de «evaluador» de los sistemas de *compliance* de las entidades objeto de investigación, un control sobre «los sistemas de control» de las entidades que, de esta manera, se sustrae a los jueces<sup>1125</sup>.

---

<sup>1123</sup>Veáse, Uhlmann, David M., «Deferred prosecution and non-prosecution agreement and the erosion of corporate criminal liability...», cit., p. p. 1327-1328; Golumbic, Court E. y Lichy, Albert D., «The "Too Big to Jail": Effect and the Impact on the Justice ...», cit., p. p. 1312-1313; Baer, Miriam H., «Governing Corporate...», cit., p. p. 976-978 y p. 991. Véase asimismo, Spivack, Peter y Raman, Sujit, «Regulating the 'New Regulators': Current Trends in Deferred Prosecution Agreements», 45 *Am. Crim. L. Rev.* 159 (2008). También, Garret, Brandon L., *Too Big to Jail. How Prosecutors...*, cit., p. 15 y p. p. 172-196.

<sup>1124</sup>Sobre esta figura y sus implicaciones, véase, Khanna, V.S., «Reforming the Corporate Monitor?», en *Prosecutors in the Boardroom: Using Criminal Law to regulate*, cit., p. p. 226-248. También, Ford, Cristie y David Hess, «Can corporate monitorships improve...», cit.

Asimismo, O'Sullivan, Julie R. «How prosecutors apply the "Federal Prosecutions of Corporations"..., cit., p. p. 54-55, que entre otros aspectos, pone de manifiesto las críticas que ha suscitado la falta de transparencia en la selección y nombramiento de alguno de estos *monitors*.

<sup>1125</sup>Veáse, Uhlmann, David M., «Deferred prosecution and non-prosecution agreement and the erosion of corporate criminal liability...», cit. p. p. 1327-1328; Golumbic, Court E. y Lichy, Albert D., «The "Too Big to Jail" Effect and the Impact on the Justice ...», cit., p. p. 1312-1313; Baer, Miriam H., «Governing Corporate...», cit., p. p. 976-978 y p. 991.

Según proclama la *FCPA Resource Guide* –p. 56- a la hora de evaluar un programa de *compliance*, los Fiscales deben actuar conforme al sentido común y con una vision pragmática, tratando de responder a tres preguntas: si está bien diseñado, si se aplica de buena fe y si funciona.

Esta función de evaluación implica, que, aun cuando el Departamento de Justicia no publica formalmente normas que regulen los programas de cumplimiento, *de facto*, aplica sus propias reglas al respecto durante la investigación a la que somete a la entidades y a la hora de alcanzar los acuerdos<sup>1126</sup>; convirtiéndose así en un nuevo regulador en este campo<sup>1127</sup>, aunque, según algunas opiniones, sin la publicidad y transparencia que es predicable de la actuación de otras agencias federales<sup>1128</sup>, que sí publican qué pautas deben seguir los programas de cumplimiento de las entidades sometidas a su control.

La asunción de este nuevo papel por la Fiscalía representa, para algunos<sup>1129</sup>, una nueva visión de los fines y propósitos del Derecho Penal en el contexto corporativo. En un mundo *post-Enron*, pareciera que el principal objetivo a conseguir no es la persecución y castigo de las personas jurídicas, sino tratar de erradicar, a través de la imposición a estas de las reformas necesarias, las políticas corporativas corruptas que dan lugar a la comisión de los delitos<sup>1130</sup>.

Pues bien, ni esta última crítica ni las anteriores han implicado un replanteamiento de la política de la Fiscalía respecto a este tipo de acuerdos, que siguen dominado de forma clara la realidad práctica de la aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los Estados Unidos.

Desde nuestra perspectiva, todas y cada una de las controversias que se suscitan tienen su parte de razón. Es evidente que pueden cometerse abusos, que podrían paliarse, en nuestra opinión, con una mayor intervención judicial; como también lo es que la presión que se ejerce sobre las entidades para su consecución puede ser muy importante. Pero, a la hora de evaluar, precisamente, si esta presión resulta o no justificada tenemos que tener en cuenta algo que, en ocasiones, pareciera olvidarse. No todas las entidades, como vamos a ver a lo largo de este trabajo cuando exponamos algunos de los *deferred prosecution agreements* más importantes de los últimos tiempos, son tan «inocentes» como resultó serlo *Arthur Andersen*. No lo era desde luego la entidad *HSBC*. Al contrario, en la mayoría de las ocasiones, la dirección de la entidad, de una manera u otra, y por razones diversas, fomentó de algún modo la comisión por sus empleados de las prácticas ilícitas cometidas, de las que, a menudo, se benefició

---

<sup>1126</sup>Baer, Miriam H., «Governing Corporate...», cit., p. 976

<sup>1127</sup>Spivack, Peter y Raman, Sujit, «Regulating the 'New Regulators'...», cit., p.161.

<sup>1128</sup>Véase, Baer, Miriam H., «Governing Corporate...», cit., p. p. 977-978.

<sup>1129</sup>Spivack, Peter y Raman, Sujit, «Regulating the 'New Regulators'...», cit., p.161.

<sup>1130</sup>Spivack, Peter y Raman, Sujit, «Regulating the 'New Regulators'...», cit., p.161.

económicamente. Y si ello es así, las consecuencias que han de asumir al alcanzar uno de estos acuerdos tampoco resultan, desde nuestro punto de vista, tan excesivas. Es cierto que pueden suponer una intervención directa en la llevanza de la entidad y con ello una limitación, que puede ser importante, en su propio autogobierno; pero hablamos de una organización que ha delinquido, y por tanto dicha limitación está tan justificada como lo estaría si el delincuente fuera una persona física. Además contamos con una ventaja: frente a las dudas que ello puede suponer respecto a los individuos<sup>1131</sup>, a las entidades sí se les puede imponer coactivamente un tratamiento «rehabilitador» a través de la implementación obligatoria de las reformas estructurales que hemos descrito.

## V. UNA PROPUESTA: *CORPORATE COMPLIANCE AFFIRMATIVE DEFENSE*

Como se infiere de las consideraciones expuestas hasta este momento, el hecho de que una persona jurídica a la que se le impute un delito tenga un programa de cumplimiento que pueda ser calificado de eficaz podrá ser valorado en la forma, en los momentos y con los efectos que hemos explicado ampliamente a lo largo de este capítulo; una labor de valoración que, por otro lado, está fundamentalmente en manos de la Fiscalía.

Pero lo que no permitirá un programa de cumplimiento, aun cuando cumpla todos los presupuestos que le son exigibles, es que la persona jurídica pueda eludir su responsabilidad penal si finalmente el caso llegara a juicio y en él se acreditara la concurrencia de los presupuestos de la doctrina del *respondeat superior*.

Esta Jurisprudencia ha sido confirmada por el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito en *United States v. Ionia Management S.A.*<sup>1132</sup>, ratificando la condena de esta compañía por una serie de vertidos contaminantes que uno de sus empleados había realizado desde uno de sus barcos. El examen de este precedente resulta interesante porque, en el recurso de apelación, tanto la compañía demandada como la *U.S. Chamber of Commerce* y la *Association of Corporate Counsel*, que intervinieron como *amici curiae*, solicitaron del Tribunal que revisara la doctrina citada, que permitía que la compañía fuera, sin más, declarada penalmente responsable por los actos ilegales realizados por sus empleados<sup>1133</sup>.

---

<sup>1131</sup> López Barja de Quiroga, Jacobo, *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 101.

<sup>1132</sup> *United States v. Ionia Management S.A.*, 555, F. 3d 303 (2nd Cir. 2009).

<sup>1133</sup> Véase, Nanda, Ve. P., «Corporate Criminal Liability...», cit., p. 612.

El Tribunal de Apelación rechazó esta posibilidad.

En primer lugar, confirmó la suficiencia de la prueba practicada para entender acreditada la concurrencia de los presupuestos de la doctrina del *respondeat superior*, y particularmente, el hecho debatido en este supuesto, que había sido si los empleados habían actuado en el ámbito de sus competencias<sup>1134</sup>. En segundo lugar, rechazó expresamente la posibilidad, planteada por las partes personadas como *amici curiae*, de que, para declarar la responsabilidad de la persona jurídica, la Fiscalía tuviera que probar, como hecho independiente, que dicha entidad carecía de políticas o procedimientos para prevenir y detectar la comisión de infracciones penales por sus empleados. Esta posibilidad, dijo el Tribunal, era contraria a los precedentes del propio Tribunal, entre ellos, el caso *Twentieth Century Fox Film Corp.*, según el cual tener un *compliance program* «cualquiera que sea su extension, no inmuniza a la entidad frente a la responsabilidad en que pudiera incurrir cuando sus empleados, actuando en el ejercicio de sus competencias, no cumplan la ley»<sup>1135</sup>.

En tercer lugar, no obstante la conclusión expuesta, sí consideró ajustadas a Derecho las instrucciones dadas al Jurado, respecto a que la existencia y contenido de uno de estos programas, si no como hecho independiente, sí podía ser valorado para determinar si los empleados de la compañía habían actuado en el ámbito de sus competencias<sup>1136</sup>.

---

<sup>1134</sup>Declaró el Tribunal: «We find that Ionia's claim that there was not sufficient evidence to convict it on a respondeat superior theory to be meritless. The Court reviews challenges to the sufficiency of the evidence de novo, *United States v. Yannotti*, 541 F.3d 112, 120 (2d Cir.2008), affirming if "after viewing the evidence in the light most favorable to the prosecution, any rational trier of fact could have found the essential elements of the crime beyond a reasonable doubt," *Jackson v. Virginia*, 443 U.S. 307, 319, 99 S.Ct. 2781, 61 L.Ed.2d 560 (1979). The record reflects that there was ample evidence for a jury to have reasonably found that the Kriton's crew acted within the scope of their employment. The crew members acted within their authority to maintain the engine room, discharge waste, and record relevant information, when they used the "magic hose." They testified that they acted at the direction of their supervisors not just (a) in the discharging of the oil, and (b) in the making and maintaining of the false ORB entries, but also (c) in lying to the Coast Guard. The jury could, moreover, infer from the expert testimony about the maintenance and expense involved in using the Oil Water Separator that the crew used the bypass hose to benefit Ionia and subsequently lied to protect the company».

<sup>1135</sup>El argumento completo del Tribunal fue el siguiente: «Furthermore, we refuse to adopt the suggestion that the prosecution, in order to establish vicarious liability, should have to prove as a separate element in its case-in-chief that the corporation lacked effective policies and procedures to deter and detect criminal actions by its employees. We note that this argument is made only by amici curiae and not by Ionia, and so we are not obligated to adding such, but the argument, whoever made it, is unavailing consider it. Seean element is contrary to the precedent of our Circuit on this issue. *Twentieth Century Fox Film Corp.*, 882 F.2d at 660 (holding that a compliance program, "however extensive, does not immunize the corporation from liability when its employees, acting within the scope of their authority, fail to comply And this remains so regardless of asserted new Supreme Court with the law")».

<sup>1136</sup>«As the District Court instructed the jury here, a corporate compliance program may be relevant to whether an employee was acting in the scope of his employment, but it is not a separate element».



Sigue así esta sentencia la estela de otros precedentes judiciales que han considerado igualmente ajustadas a Derecho tales instrucciones, sea para valorar, como aquí se declara, si el empleado actuó en el ámbito de sus competencias, sea para valorar si lo hizo con la intención de beneficiar a la compañía. De esta manera la existencia de un programa de *compliance* se introduce en el juicio como elemento a tener en cuenta para concluir si concurren los presupuestos de la doctrina del *respondeat superior*<sup>1137</sup>.

Así ocurrió también en el caso *United States v. Beusch*<sup>1138</sup>. En la sentencia dictada en él, el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito, con ocasión del recurso interpuesto, examinó las instrucciones que habían sido dadas al Jurado sobre la posible responsabilidad vicarial de la entidad y rechazó todas las impugnaciones que fueron planteadas. Especialmente, consideró correctas aquéllas en las que se decía al Jurado que las instrucciones y políticas de la compañía acusada podían ser por valoradas para concluir si efectivamente los actos ilícitos que habían realizado sus empleados, lo habían sido para beneficiar a la entidad; añadiendo, sin embargo que la mera existencia o publicación de unas y otras, sin el empleo de la debida diligencia para su ejecución, no podía ser suficientes para considerar probado que los actos de los empleados contrarios a ellas excedían del ámbito de sus competencias.

Pues bien, esta jurisprudencia, que permite la valoración por el Jurado de la existencia de un programa de *compliance*, a los solos efectos de determinar la existencia de los presupuestos de la doctrina del *respondeat superior*, es insuficiente para un sector importante de la doctrina norteamericana que, en el marco general de actuación de la acusación, que hemos descrito en este capítulo, defiende la viabilidad de una *corporate compliance affirmative defense*. Es decir, que la entidad puede alegar y acreditar en juicio que tenía un programa de cumplimiento eficaz, y que ello pueda conducir al Jurado a un veredicto de *not guilty*<sup>1139</sup>.

---

<sup>1137</sup>Véase, Walsh, Charles J. y Pyrich, Alissa, «Corporate Compliance as a Defense...», cit., p. p. 664-665. También, Brown, H. Lowell, «Vicarious Criminal Liability...», cit., p. p. 315-316.

<sup>1138</sup>*United States v. Beusch*, 596 F.2d 871 (9th Cir. 1979).

<sup>1139</sup>Véase en este sentido, Schwartz, Irwin, «Toward improving the Law and Policy of...», cit., p. p. 108-111; Narine, Marcia, «Whistleblowers and Rogues: The Urgent Call for an Affirmative Defense to Corporate Criminal Liability», 62 *Cath. U. L. Rev* 41 (2012), p. p. 79-87; Gilchrist, Gregory M., «Condemnation Without Basis: An Expressive Failure of Corporate Prosecutions», 64 *Hastings L. J.* 1121 (2013), p. p. 1162-1169; Bucy, Pamela H., «Corporate Criminal Liability, When does it make sense?», 46 *Am. Crim. L. Rev.* 1437 (2009), p. p. 1442-1452; Podgor, Ellen S. «A New Corporate World mandates a "Good Faith Affirmative Defense", 44 *Am. Crim. L. Rev.* 1537 (2007); Wellner, Philip A., «Effective Compliance Programs and corporate criminal prosecutions...», cit., p. p. 524-527. También en esta línea, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 17.01 (versión electrónica).

Es la propuesta de Irwin Schwartz, para quien si tanto las *sentencing guidelines* como la Fiscalía Federal pretenden convertir a las compañías en *partners* en la detección y persecución de los delitos cometidos en su seno, carece de sentido sancionar a aquella que cumpla sus obligaciones en este campo, desmotivándolas para asumir ese papel<sup>1140</sup>. Habría, pues, que introducir una previsión en una norma concreta o en las *Federal Rules of Criminal Procedure*, que permitiera a las entidades alegar y acreditar en juicio que tenían un programa de cumplimiento eficaz. Ello, según este autor, permitiría que la discusión sobre la eficacia de estos programas se trasladara al juicio; aportando más transparencia al sistema actual en el que, como hemos dicho, esa evaluación corresponde a la Fiscalía<sup>1141</sup>.

En esta misma línea, se ha pronunciado también Gregory Gilchrist, para quien las pautas que para evaluar la eficacia de los programas de cumplimiento se contienen en la actualidad tanto en los *Memos* de la Fiscalía como en las *sentencing guidelines* y, especialmente, en los primeros, podrían servir de guía a la hora de fijar lo que él denomina un *standard of effective policies and procedures*, que, en cualquier caso, en su opinión, debería ser lo suficientemente flexible como para que se puedan tener en cuenta las diferencias que pueden existir entre una y otra compañía, según su actividad y su tamaño<sup>1142</sup>. En este sentido, dado que sería al Jurado al que correspondería pronunciarse sobre la eficacia del programa de cumplimiento, este autor propone que los jurados consideraran este último en su conjunto. Para ello se le deberían facilitar unas instrucciones que concretaran aspectos tales como: que el hecho de que se haya cometido el delito no implica que el programa sea ineficaz; que la estructura de un programa efectivo puede variar en función de múltiples factores, entre ellos, el tipo empresa o el tipo de actividad a la que se dedique; y, qué factores concretos deberían ser tenidos en cuenta para alcanzar su conclusión final<sup>1143</sup>. En esta labor, dado que habría que tener en cuenta los estándares y mejores prácticas del sector de que se tratase, lo lógico sería que los peritos ilustraran a los jurados al respecto que, de esta forma, podría pronunciarse sobre este extremo de la misma manera que lo hacen sobre cualquier otro aspecto de naturaleza fáctica<sup>1144</sup>. Asimismo las instrucciones al Jurado deberían permitir que pudieran distinguir un programa de cumplimiento realmente eficaz de un mero «*cosmetic compliance*», salvando así las críticas de

---

<sup>1140</sup>Schwartz, Irwin, «Toward improving the Law and Policy of...», cit., p. 111.

<sup>1141</sup>Schwartz, Irwin, «Toward improving the Law and Policy of...», cit., p. p. 110-111.

<sup>1142</sup>Véase, Gilchrist, Gregory M., «Condemnation Without Basis: An Expressive Failure...», cit., p. p. 1163-1164.

<sup>1143</sup>Gilchrist, Gregory M., «Condemnation Without Basis: An Expressive Failure...», cit., p. 1166.

<sup>1144</sup>Gilchrist, Gregory M., «Condemnation Without Basis: An Expressive Failure...», cit., p. 1166.

aquellos que entienden que la admisión de esta *affirmative defense* supondría la generalización de tales programas<sup>1145</sup>.

También Pamela Bucy se ha pronunciado claramente a favor de admitir esta *affirmative defense*, que permitiría, entre otras cuestiones, moderar la aplicación extensiva de los criterios actuales de imputación<sup>1146</sup>. Para ello, propone dos modificaciones legales. La primera, la introducción de una norma en el título 18 del *U.S. Code*, encabezada con el título *Standard for Holding Fictional Entities Criminally Liable*, y del siguiente tenor: «A fictional entity may be held criminally liable for the acts of any of its agents who commit a crime within the scope of employment with the intent to benefit the entity unless the entity demonstrates that at the time of the offense it had in place an effective corporate compliance program relevant to any crimes committed»<sup>1147</sup>, esto es, una persona jurídica será penalmente responsable por los delitos que cometan sus empleados, en el ejercicio de su competencias y con la intención de beneficiarla, salvo que acredite que, cuando se cometió la infracción, tenía en vigor un programa de cumplimiento para prevenir los mismos. La segunda, en las *Federal Rule of Criminal Procedure*, que deberían prever expresamente la posibilidad de que la entidad pudiera probar en el acto del juicio que tenía un programa de cumplimiento efectivo al tiempo de la comisión del delito; como también la posibilidad de que, antes de la celebración de dicho acto, pudiera revelar la existencia y los detalles de este programa a la Fiscalía, para que lo pudiera valorar antes de la formulación de su acusación<sup>1148</sup>.

Además, para esta autora, el éxito de esta *affirmative defense* debería depender de la constatación de la existencia, en el *compliance program* presentado, de diez elementos: un

---

<sup>1145</sup>Gilchrist, Gregory M., «Condemnation Without Basis: An Expressive Failure...», cit., p. p. 1166-1167.

<sup>1146</sup>Véase, Bucy, Pamela H., «Corporate Criminal Liability... », cit., p. p. 1442-1452.

<sup>1147</sup>Bucy, Pamela H., «Corporate Criminal Liability... », cit., p. 1446.

<sup>1148</sup>El texto de la norma, que se situaría junto a las demás *affirmative defense* (*alibi, insanity y reliance on public authority*), sería el siguiente: «*Notice of an Effective Corporate Compliance Plan Defense*.

(a) Government's Request for Notice and Target's Response

(1) Government's Request. Thirty days prior to indicting a fictional entity an attorney for the government shall request in writing that the target fictional entity (hereinafter "target") notify the attorney for the government whether the target alleges to have in place at the time of the alleged offense(s) an effective corporate compliance plan. The request by the government shall set forth the time, date and place of the alleged offense(s). (2) Target's Response. Within ten days of the Government's request, or at some other time the court sets, the target shall notify the attorney for the government whether the target alleges to have had in place at the time of the alleged offense (s), an effective corporate compliance plan. The notice shall set forth: (A) the components of the alleged effective corporate compliance plan relevant to the alleged offense; and (B) the name, address and telephone number of the corporate officer responsible for each component of the corporate compliance plan. (b) Burdens of Production and Proof. The target bears the burden of proving, by a preponderance of the evidence, that it had an effective corporate compliance plan in place at the time of the alleged offense(s)». Bucy, Pamela H., «Corporate Criminal Liability... », cit., p.p. 1446-1447.

gobierno corporativo cuya estructura sea sensible a estas cuestiones; la fijación tanto de un estándar general de conducta, que ponga de manifiesto la exigencia de que todos los directivos y empleados actúen éticamente y conforme a la Ley, como de unos códigos de conducta detallados que fijen las obligaciones concretas de cada tipo de empleado; la implicación de los altos ejecutivos de la entidad en el cumplimiento del programa; la relevancia del cumplimiento de estos estándares y códigos a la hora de contratar, compensar o sancionar a los empleados; la existencia de formación para todos los directivos y empleados; la existencia de canales adecuados para denunciar los incumplimientos; el desarrollo de auditorías internas; la evaluación de la «*compliance health*» de aquella entidad que, en su caso, se pretenda adquirir o con la que se intente una fusión; la existencia de protocolos para actualizar el programa de cumplimiento; y, por último, la identificación y respuesta ante los incumplimientos<sup>1149</sup>.

A favor del reconocimiento de esta *corporate compliance affirmative defense* se ha posicionado también Ellen S. Podgor, para quien esta posibilidad, en un mundo *post- Arthur Andersen*, sería importante para proteger a los empleados y accionistas de aquellas entidades que han hecho los esfuerzos que les eran exigibles para cumplir con la Ley; además de suponer un incentivo para que efectivamente desarrollen estos programas y vigilen su ejecución<sup>1150</sup>.

En nuestra opinión, todas estas propuestas resultan interesantes, pero no creemos que vayan a materializarse, al menos, a corto plazo. El riesgo, que creemos real, y al que tendrá también que enfrentarse nuestro ordenamiento, de que la consagración de esta posibilidad permita a las entidades «esquivar» su responsabilidad penal demostrando la tenencia de programas de cumplimiento meramente efectistas tiene, desde nuestra perspectiva, un peso lo suficientemente importante como para que cualquier iniciativa en este sentido tenga fuertes detractores. Máxime en el momento actual, en el que aún perduran las graves consecuencias de la crisis financiera del año 2008 y cualquier modificación legal en este sentido podría ser percibida como un intento de exonerar a las grandes compañías de los abusos que las provocaron. De hecho, en la reciente guía para la aplicación de la *Foreign Corrupt Practice Act* publicada por la Fiscalía y por la SEC, a cuya relevancia nos hemos referido en varias ocasiones

---

<sup>1149</sup> Bucy, Pamela H., «Corporate Criminal Liability...», cit., p. 1448, y p. p. 1448-1452.

<sup>1150</sup> Podgor, Ellen S., «A New Corporate World mandates...», cit., p. 1543. Algunos autores han dado incluso un paso más y, más conformes con la propuesta del U.S. Chamber of Commerce y la Association of Corporate Counsel en el caso *United States v. Ionia Management S.A.*, entienden que la forma de limitar la responsabilidad penal de las personas jurídicas sería exigir a la acusación que acreditara que la entidad en cuestión carecía del correspondiente sistema de prevención y detección de infracciones penales. Véase, Newman, David y Weissmann, Andrew, «Rethinking Criminal...», cit.

a lo largo de este trabajo, no encontramos atisbo alguno al respecto, sino al contrario, una consagración clara del modelo vigente, eso sí, en un campo de juego en el que están presentes todos sus elementos, incluidos aquellos que permiten flexibilizar la aplicación de la doctrina del *respondeat superior*, valorando la culpabilidad de la entidad.

### PARTE III. EL CONTROL DE LOS ADMINISTRADORES: *DIRECTORS AND OFFICERS LIABILITY*

#### CAPÍTULO NOVENO. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADMINISTRADORES POR LA «CRIMINALIDAD DE LA EMPRESA»

##### I. LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL DE LOS ADMINISTRADORES

###### 1. Introducción

Expuestos cuáles son los criterios de imputación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en los Estados Unidos resulta imprescindible, en nuestra opinión, para completar una visión general del tratamiento que de los *corporate crimes* se hace en ese país, examinar cuándo sus administradores, esto es, cuándo las personas físicas que, en definitiva, las controlan y dirigen, serán penalmente responsables por aquellos delitos que, cometidos en su seno, trasciendan a la propia organización y perjudiquen a terceros, y ello con independencia de la responsabilidad que pueda corresponder a esta última.

En este término, el de administradores, incluiremos a los *directors*, esto es, a los miembros del Consejo de Administración –*board of directors*<sup>1151</sup> y también a los *officers*, que es como, de ordinario, se designa a los ejecutivos más importantes en la estructura de la entidad, designados directamente por aquél<sup>1152</sup>.

Tres son los criterios de atribución que fundamentan la imputación de la responsabilidad penal a los administradores<sup>1153</sup>: el primero, que sean ellos mismos quienes hayan ejecutado

---

<sup>1151</sup>Lógicamente no todas las *corporations* tendrán necesariamente un Consejo de administración. Algunas de ellas, por sus especiales características, como sería el caso de las *closely held corporations*, puede tener sencillamente uno o más *directors*. Véase, Emanuel, Stevens L., *Corporations*, cit., p. 50. Sobre la estructura organizativa de las personas jurídicas en general, y particularmente de las *corporations*, véase; Pinto, Arthur R. y Branson, Douglas M., *Understanding Corporate Law*, cit., p. p. 89-148; Bainbridge, Stephen M., *Corporate Law*, cit., p. p. 72-89; Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. p. 49-79; Hamilton, Robert W. y Freer, Richard D., *The Law of Corporations in a Nutshell*, cit., p. p. 75-82, 118-133 y 137-148.

<sup>1152</sup>Véase, Emanuel, Stevens L., *Corporations*, cit., p. 50. Cabe indicar que la *Model Business Corporation Act* somete a unos y a otros a similares obligaciones. Esta, como expusimos en su momento, es un texto articulado, propuesto por la *American Bar Association*, para tratar de unificar las distintas legislaciones estatales relacionadas con las *business corporations*. Como otras propuestas emanadas de la *American Bar Association*, la *Model Business Corporation Act* ha ejercido gran influencia en muchos ordenamientos estatales.

En general sobre las funciones de los *directors* y de los *officers*, así como sobre la naturaleza de la relación que les une, véase, Pinto, Arthur R. y Branson, Douglas M., *Understanding Corporate Law*, cit., p. p. 136-141; Bainbridge, Stephen M., *Corporate Law*, cit., p. p. 75-95; Hamilton, Robert W. y Freer, Richard D., *The Law of Corporations in a Nutshell*, cit., p. p. 118-133 y 137-148.

<sup>1153</sup>Véase en este sentido, Brickley, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., p. p. 39- 59; Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 13.12 (versión electrónica); Knepper, William E. y Bailey, Dan A.,

materialmente el hecho constitutivo de delito; el segundo, que hayan participado en el hecho delictivo cometido por algún otro miembro de la organización, porque cualquiera que ayude, aconseje, ordene, fomente o, de cualquier otra manera, asiste a otro en la ejecución de un delito será responsable *for aiding and abetting* de la misma manera que lo sea el autor principal – *perpetrator*<sup>1154</sup>; y el tercero (con las matizaciones que luego explicaremos) que la infracción penal se haya cometido en una parcela de la actividad de la empresa comprendida en la esfera de su responsabilidad –*Corporate Responsible Officer Doctrine*–.

Sin perjuicio de exponer cómo se articulan estos criterios, es interesante resaltar, desde un principio, que en el Derecho Penal estadounidense no hemos advertido la presencia de un debate similar al que podemos observar en nuestro entorno, en el que la atribución de responsabilidad penal a los administradores por los delitos cometidos en el seno de una estructura empresariales es y ha sido objeto de un importante debate doctrinal, condicionado fundamentalmente por la necesidad de encajar cualquier conclusión al respecto dentro de las categorías de autoría y participación. El hecho de que los límites de estas categorías se difuminen, como se difumina en general cualquier concepto dogmático, explica la ausencia de tal debate. Sí ha existido algo de controversia con respecto al último de los criterios de imputación, el basado en la *Corporate Responsible Officer Doctrine*, pero por razones ajenas a aquellas que alimentan la discusión en nuestro ordenamiento.

## 2. La responsabilidad como autores

El primer criterio que permite imputar al administrador de una sociedad la responsabilidad penal por un determinado hecho delictivo cometido en el seno de la organización que dirige, es que haya sido ejecutado por él mismo. El administrador, como los directivos y demás empleados de una entidad, responde personalmente por las infracciones penales que cometan en el ejercicio de su cargo, aun cuando al hacerlo actúen en nombre y representación de la entidad e independientemente de la responsabilidad que por dicha actuación pudiera corresponder, en su caso, a la persona jurídica.

---

*Liability of Corporate Officers and Directors*, cit., § 8.02 (versión electrónica); Spehl, Stephan y Gruetzner, Thomas, *Corporate Internal Investigations: Overview of 13 Jurisdictions*, cit., § 1.06 (versión electrónica). También, Otto G. y Morvillo, Robert G., *White Collar Crime: Business and Regulatory Offense* *White Collar Crime*, cit., § 5.04 (versión electrónica).

<sup>1154</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability*..., cit., vol. 1, p. 149.

La consagración de esta responsabilidad penal individual planteó, de hecho, desde un primer momento, menos controversia que la de la propia entidad, y estaba plenamente consolidada a principios del siglo XVIII. Fue entonces cuando Lord Holt, *Chief Justice on the King's Bench*, pronunció la conocida frase: «una persona jurídica no puede ser imputada, pero sus miembros sí»<sup>1155</sup>.

A pesar de ello, la expansión en los Estados Unidos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tras el dictado, en 1909, de la sentencia *New York Central and Hudson R. Co. v. United States*, trajo consigo alguna controversia. Algunos sostuvieron entonces que si la responsabilidad penal de la entidad se basaba en la de la persona física que había cometido el delito, era esta entidad la que debía responder y no la persona física<sup>1156</sup>. El Tribunal Supremo Federal zanjó cualquier duda al respecto, en 1962, en la sentencia dictada en el caso *United States v. Wise*<sup>1157</sup>.

En este caso, el *corporate officer* de una entidad, declarado culpable junto con ella, en primera instancia, por vulnerar las prohibiciones previstas en la sección primera de la *Sherman Act*, alegó, al recurrir dicha condena, que había que distinguir entre los supuestos en los que uno de estos directivos actuaba en su propio nombre y aquellos en los que lo hacía en nombre de la organización. Según el recurrente, solo en el primero de estos casos, dicho *corporate officer* debería entenderse incluido en el término *person*<sup>1158</sup> y, en consecuencia, ser personalmente responsable del delito en cuestión. En el segundo caso, sin embargo, cuando el directivo había actuado en nombre de la organización, no debía responder personalmente, porque su comportamiento, aún cuando fuera ilegal y culpable, era imputable a la entidad, en su condición de principal, en favor de quien se había actuado.

El Tribunal Supremo, como hemos adelantado, rechazó este argumento, al que calificó además de artificial. Para el Tribunal, el hecho de que progresivamente se hubiera ido reconociendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, por tanto, entendiendo que estaban comprendidas en el término *persons*, que era el empleado por muchas normas federales

---

<sup>1155</sup>«A corporation is not indictable, but the particular members of it are». Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., p. 39. También Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, vol.1, cit., p. 150.

<sup>1156</sup> Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., p. 39.

<sup>1157</sup>*United States v. Wise*, 370 U.S. 405 (1962). Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., p. 39; también, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 13.12 (versión electrónica); y Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar Crime...*, cit., p. 32.

<sup>1158</sup> La sección primera de la *Sherman Act* impone sanciones penales «an every person who violates that provision».



(entre ellas la *Sherman Act*) para describir al posible sujeto activo de las infracciones previstas en su texto, no debía tener ninguna influencia a la hora de concluir si también el *corporate officer* podía ser o no tal sujeto activo. De manera que solo en los casos en los que así lo hubiera previsto expresamente el legislador, como había declarado el propio Tribunal en la sentencia dictada en *United States v. Dotterweich*<sup>1159</sup>, podría concluirse que los directivos de la entidad no podrían cometer el delito previsto en la norma en cuestión<sup>1160</sup>.

En la actualidad es evidente que la responsabilidad de los administradores de las entidades por los delitos que cometan en el ejercicio de sus cargos está fuera de toda duda<sup>1161</sup>. Y no sólo eso, sino que ha experimentado un incremento indudable en los últimos tiempos, tras los escándalos financieros que afectaron, en los primeros años de este siglo, a algunas de las compañías más importante del país y tras los cuales estuvieron algunos de sus comportamientos.

---

<sup>1159</sup>*United States v. Dotterweich*, 320 U.S. 277 (1943).

<sup>1160</sup>Dijo el Tribunal: «This Court was faced with the same problem in *United States v. Dotterweich*, 320 U.S. 277, involving the construction of the Federal Food, Drug, and Cosmetic Act, 21 U. S. C. §§ 301-392. An earlier version of the Act stated that the acts of a corporate officer would be chargeable both to him and to the corporation. In a 1938 revision the statute made any "person" responsible and specifically included corporations within that term. 52 Stat. 1040. The Court of Appeals reversed the conviction of a corporate officer on the ground that only a corporation was a "person" within the Act. This Court reversed the Court of Appeals, rejecting substantially the same argument that is advanced by the appellee in this case. The reason for the rejection is equally applicable to the case at bar. No intent to exculpate a corporate officer who violates the law is to be imputed to Congress without clear compulsion; else the fines established by the Sherman Act to deter crime become mere license fees for illegitimate corporate business operations. Following *Dotterweich*, we construe § 1 of the Sherman Act in its common-sense meaning to apply to all officers who have a responsible share in the proscribed transaction. Cf. *Carolene Products Co. v. United States*, 323 U.S. 18, 21».

De conformidad con el *Model Penal Code* -§ 2.07 (6)- un individuo es responsable de la acciones realizadas como representante de una entidad «to the same extent as if it were performed in his own name or behalf». Strader, Kelly J., *Understanding White Collar...*, cit., p. 27.

<sup>1161</sup>Sobre la responsabilidad de estos administradores por algunos delitos concretos, particularmente, de naturaleza económica, véase Knepper, William E. y Bailey, Dan A., *Liability of Corporate Officers and Directors*, cit., § 8.07, 8.09, 8.10, 8.11, 8.12, 8.13 y 8.14 (versión electrónica), que analiza, entre otras normas federales, la normativa *antitrust*, la *RICO Act*, la *bankruptcy Act*, las normas medioambientales o las que regulan el mercado de valores.

En este contexto, asimismo, habrá de tenerse muy en cuenta la posibilidad de que los directivos de las compañías puedan incurrir, entre otros, en los siguientes delitos: *misprision of felony*, si oculta, conociéndolo, la comisión de un delito -*felony*- por uno de sus empleados, sin ponerlo en conocimiento de las autoridades; *witness tampering o obstruction of justice* si, a través de alguno de los medios previstos a estos efectos en la legislación federal, impidiera u obstaculizara la investigación de los delitos cometidos por otros miembros de la organización o tratara de influir en las declaraciones que se presten durante la misma; y *perjury y false statement offenses*, si faltara a la verdad durante dicha investigación. Véase, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 13.12 (versión electrónica).

Un buen ejemplo fueron las condenas de los máximos directivos de entidades como *Enron*, *Worldcom* o *Philadelphia Communications Corporations*<sup>1162</sup>.

En el caso de la primera de ellas, sus dos *CEOs* -*chief executive officer*- fueron declarados culpables por un jurado federal, en mayo de 2006, de un delito de conspiración *to commit securities and wire fraud*, varios delitos de fraude -*securities and fraud*-, un delito de *insider trading* y un delito de falsedad frente a los auditores -*false statement*-<sup>1163</sup>. Uno de ellos murió antes de ser condenado, y el otro lo ha sido recientemente a una pena de prisión de 14 años después de alcanzar un acuerdo con la Fiscalía tras revocarse, por un Tribunal de apelación, la primera pena de 24 años que le fue impuesta.

En efecto, en un primer momento, Jeffrey K. Skilling fue condenado a una pena privativa de libertad de 292 meses. En enero de 2009, el Tribunal de Apelación del Quinto Circuito confirmó su declaración de culpabilidad, pero revocó su condena, que ordenó que fuera fijada de nuevo, después de rebajarla en aproximadamente unos nueve años<sup>1164</sup>. En mayo de 2013, la Fiscalía y el acusado alcanzaron un acuerdo, en el que, además de incluir una recomendación al *sentencing judge* para que fijara una pena privativa de libertad entre 168 y 210 meses de prisión, el Sr. Skilling se comprometía a no recurrir ninguna otra decisión judicial relacionada ni con su pena ni con la ejecución de las responsabilidades pecuniarias fijadas<sup>1165</sup>.

Bernard Ebbers, por su parte, *chief executive officer* de *Worldcom* fue también declarado culpable en marzo de 2005 de varios delitos, entre ellos, *conspiracy to commit securities fraud* y *securities fraud* y *false filing with the SEC*. Junto a él, fueron acusados y condenados otros cinco altos ejecutivos de la compañía<sup>1166</sup>.

---

<sup>1162</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., p. 42. También Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar Crime...*, cit., p. 32. En el mismo sentido, y con la citación de otros casos, véase, Knepper, William E. y Bailey, Dan A., *Liability of Corporate Officers and Directors*, cit., § 8.02 (versión electrónica).

<sup>1163</sup>Véase al respecto la información facilitada por el Departamento de Justicia, disponible en <http://www.justice.gov/criminal/vns/caseup/skillingjk.html>. El *indictment* puede consultarse en <http://f11.findlaw.com/news.findlaw.com/wp/docs/enron/usvlay70704ind.pdf>.

<sup>1164</sup>Véase al respecto la información facilitada por el Departamento de Justicia, disponible en <http://www.justice.gov/criminal/vns/caseup/skillingjk.html>.

<sup>1165</sup>Véase al respecto la información facilitada por el Departamento de Justicia, disponible en <http://www.justice.gov/criminal/vns/caseup/skillingjk.html>.

<sup>1166</sup>Véase, el *Financial Crime Report to Public* de mayo de 2005, publicado por el *Federal Bureau of Investigation* del Departamento de justicia (disponible en [http://www.fbi.gov/stats-services/publications/fcs\\_report2005/financial-crimes-report-to-the-public-2005-pdf](http://www.fbi.gov/stats-services/publications/fcs_report2005/financial-crimes-report-to-the-public-2005-pdf)). El *indictment* formulado contra Bernard Ebbers y contra el entonces *chief financial officer* de *Worldcom* puede consultarse en [news.findlaw.com/wsj/docs/.../usbess304ind.pdf](http://news.findlaw.com/wsj/docs/.../usbess304ind.pdf). Véase también, Wagner, Robert E., «Gordon Gekko to the Rescue?: Insider Trading as a Tool to Combat Accounting Fraud», 79 *U.*

Distinto a los anteriores fue el caso de Bernard L. Madoff, protagonista de una de las estafas más importante de todos los tiempos<sup>1167</sup>. En marzo de 2009, fue él quien se declaró culpable de los once cargos descritos por la Fiscalía en la *criminal information* presentada contra él, y que incluían *securities fraud*, *investment adviser fraud*, *mail fraud*, *wire fraud*, *money laundering*, *false statements*, *perjury* y *false filings with the United States Securities and Exchange Commission*. En junio de ese mismo año fue condenado a más de 150 años de prisión<sup>1168</sup>.

---

*Cin. L. Rev.* 973 (2011), p. p. 976-981, que aporta algunos datos sobre esta persona y, en general, sobre las causas que pudieron influir en la caída de la compañía.

<sup>1167</sup>El fraude cometido por Madoff, a través de las entidades de inversión que él mismo había fundado y que controlaba plenamente, es un supuesto típico de las denominadas *Ponzi Scheme*, denominación que tiene su origen en un caso ocurrido en los años 20 y protagonizado por una persona de nombre Charles Ponzi. Las *Ponzi Scheme* son «estafas piramidales», esto es, aquellas en las que se captan fondos de inversores bajo la promesa de obtener altos rendimientos, que sin embargo no se invierten, de manera que los beneficios prometidos a los primeros inversores se van abonando con los sucesivos fondos que se van obteniendo de los posteriores, hasta que finalmente se produce el colapso. Sobre este tipo de estafas y sobre cómo los inversores pueden protegerse frente a ellas, resulta interesante la información facilitada por la SEC (disponible en <http://www.sec.gov/answers/ponzi.htm>). Cabe destacar, por otro lado, que, en dicha información, el organismo regulador, aunque advierte de la similitud, destaca algunas diferencias entre lo que él considera propiamente una *Ponzi scheme* y una *Piramidal Scheme*. En la primera, como hemos dicho, su promotor ofrece importantes beneficios por inversiones que nunca realiza o realiza en mucha menor medida que la prometida, de manera que estos supuestos beneficios se van abonando con los fondos que sucesivamente se van captando; en la segunda, estos rendimientos se prometen en concepto de comisión, tras hacer un primer pago, y si se encuentra nuevos distribuidores para un producto que o no existe o «se vende» a otros, que también se convierten en distribuidores. De esta manera, con los nuevos pagos, se van abonando las comisiones que corresponden a los participantes iniciales.

<sup>1168</sup>Véase al respecto la información facilitada por el Departamento de Justicia (disponible en [http://www.justice.gov/usao/nys/vw\\_cases/madoff.html](http://www.justice.gov/usao/nys/vw_cases/madoff.html)). Con relación a este caso nos gustaría destacar los mecanismos que se han puesto en marcha para resarcir a las víctimas y, particularmente, dos de ellos. Por un lado, las entidades utilizadas por Madoff para ejecutar la estafa fueron declaradas en bancarota y se nombró un *trustee*, Irving Picard, para que, utilizando los mecanismos previstos en la normativa sobre quiebra, recuperara el dinero invertido por los inversores-víctimas de esta *Ponzi Scheme*. La actitud del *trustee* a estos efectos ha sido calificada por algunos de agresiva. Se han recuperado aproximadamente unos once mil millones de dólares de los dieciocho mil invertidos y se han exigido responsabilidades, entre otros, a entidades bancarias como *J.P. Morgan Chase & Company* y *UBS*, que prestaron a Madoff servicios bancarios. Una de las vías que ha permitido al *trustee* la recuperación del dinero invertido ha sido el ejercicio de las denominadas *clawback suits*, previstas para la recuperación de determinados activos, en el *Bankruptcy Code*. A través de estas acciones, se ha exigido a los denominados «*winner investors*», esto es, a los inversores que obtuvieron beneficios a través de las entidades de Madoff (aún cuando no cometieran nada ilícito), el importe de tales ganancias, para así compensar a los «*loser investors*», esto es, a aquellos inversores que, sin embargo, perdieron todo o parte de su capital. Esta forma de utilizar estas acciones la basó Picard en una determinada interpretación del término *net equity*, que se utiliza en la *Securities Investor Protection Act (SIPA)* para referirse a la cantidad que debe ser devuelta a los inversores en supuestos de quiebra de un *broker-dealer*. Interpretación que fue impugnada, pero confirmada por los Tribunales. La idea básica que subyace en dicha interpretación es que, al hallarnos ante una estafa, no existieron auténticas inversiones que generaran las ganancias reclamadas, sino meras transferencias de fondos de una parte a otra. Aquellos que obtuvieron beneficios lo hicieron a costa de los que perdieron todo o parte de su capital.

Al margen del ejercicio, en el procedimiento de quiebra, de estas *clawback suits*, se ha puesto a disposición de los perjudicados otra vía para la recuperación de su dinero, que ha sido la constitución, a partir de los bienes decomisados, del denominado *Madoff Victim Fund*. Este fondo, frente al que las víctimas, que no hayan acudido al procedimiento de quiebra, pueden presentar sus reclamaciones, está administrado por el Departamento de Justicia, que utiliza para ello, como para la estimación de dichas reclamaciones, un procedimiento especial para resarcir a las víctimas, denominado *remission process*, para cuyo inicio contó con la correspondiente autorización judicial. Desde diciembre de 2012, el administrador de este fondo es Richard C. Verdeen. Sobre todo lo expuesto véase, además de la información facilitada al respecto por el Departamento de Justicia, los siguientes trabajos: Steven, M.,

Pues bien, como podemos inferir de los escritos de acusación formulados contra los altos directivos tanto de *Enron* como de *Worldcom*, en ambos casos el delito de conspiración fue incluido en ellos.

La inclusión de este delito, en este ámbito de infracciones penales cometidas en el marco de una estructura empresarial, abre importantes posibilidades. En este sentido, aún cuando no vamos a reiterar lo ya expuesto a lo largo de este trabajo sobre las características generales de este delito y las posibilidades que ofrece cuando es difícil probar la concurrencia de los elementos de otras infracciones penales, sí nos gustaría volver a destacar en este momento dos cuestiones.

La primera, que esta figura delictiva permite, por su propia naturaleza, penar el mero acuerdo para delinquir, siempre que se manifieste de alguna manera hacia el exterior, y ello con independencia de que, como ocurrió en los casos que hemos expuesto, finalmente se cometiera el delito en cuestión y su autor fuera además penado por ello. La segunda, más relevante desde nuestra perspectiva, es que de conformidad con la denominada *Pickerton doctrine*<sup>1169</sup>, cada uno de los *conspirators* responderá de los delitos cometidos por los demás, cuando tales infracciones sean previsibles y se realicen en ejecución del mencionado acuerdo, aun cuando no participe en ellos o, incluso, no tenga conocimiento de su ejecución<sup>1170</sup>. En estos casos, según manifestó el Tribunal Supremo Federal, en la sentencia en la que consagró esta doctrina<sup>1171</sup>, el *criminal intent* quedó fijado cuando se formó la conspiración, de manera que cada conspirador instigó la comisión de los delitos cometidos en su ejecución por los demás participantes en el acuerdo; un acuerdo que contemplaba precisamente esta posibilidad y que se formó para dicho propósito.

Esta responsabilidad de los *co-conspirators* tendría, por otro lado, y como también se infiere del texto de *Pinkerton v. United States*, el mismo fundamento que la de aquellos que

---

«Restitution for Ponzi Scheme Victims: The Symbiotic Relationship of Tax and Securities Laws», 10 *Rutgers Bus. L.J.* 21 (2013); y Sepinwall, Amy J., «Righting Others' Wrongs. A Critical Look at Clawbacks in Madoff-type Ponzi Schemes and Other Frauds», 78 *Brook. L. Rev.* 1 (2012).

<sup>1169</sup>Su nombre deriva de la sentencia del Tribunal Supremo que la consagró, dictada en el caso *Pinkerton v. United States*, 328 U.S. 640 (1947).

<sup>1170</sup>En palabras del Tribunal de Apelación del Séptimo Circuito en la sentencia dictada, en agosto del año 2012, en el caso *United States v. Sklena*, 692 F.3d 725 (7th. Cir.2012): «"Before Pinkerton can be applied, it is of course necessary to show that a conspiracy existed, that the defendant joined the conspiracy, that the other actor was also part of the conspiracy, and that the overt act was both foreseeable and in furtherance of the conspiracy."».

<sup>1171</sup>*Pinkerton v. United States*, 328 U.S. 640 (1947).

*counsel, procure, or command* a otro que cometa un hecho delictivo<sup>1172</sup>, esto es, la de aquellos que participan en el delito cometido por otro *-aiding and abetting liability-*. Este paralelismo entre una y otra responsabilidad se destacaría también por el Tribunal Supremo Federal en la sentencia dictada en el caso *Nye & Nissen v. United States*<sup>1173</sup>, aunque señalando en ella que la responsabilidad de los partícipes tiene una aplicación más amplia que la de los *co-conspirators* porque no depende de que hayan conspirado o no con el autor del delito, sino sencillamente de su participación en la ejecución<sup>1174</sup>.

En cualquier caso, en uno y otro supuesto, estaríamos ante una modalidad de *joint criminal liability*<sup>1175</sup>.

### 3. Responsabilidad como «partícipes». *Aiding and abetting liability*

El segundo título de imputación del que puede derivar la responsabilidad penal de los administradores de una entidad, como la del resto de sus directivos y empleados, es el de su condición de partícipe en el hecho cometido por algún otro miembro de la organización.

---

<sup>1172</sup>Dice el Tribunal Supremo Federal: «the criminal intent to do the act is established by the formation of the conspiracy. Each conspirator instigated the commission of the crime. The unlawful agreement contemplated precisely what was done. It was formed for the purpose. The act done was in execution of the enterprise. The rule which holds responsible one who counsels, procures, or commands another to commit a crime is founded on the same principle. That principle is recognized in the law of conspiracy when the overt act of one partner in crime is attributable to all. An overt act is an essential ingredient of the crime of conspiracy under § 37 of the Criminal Code, 18 U.S.C. § 88. If that can be supplied by the act of one conspirator, we fail to see why the same or other acts in furtherance of the conspiracy are likewise not attributable to the others for the purpose of holding them responsible for the substantive offense».

<sup>1173</sup>*Nye & Nissen v. United States*, 336 U.S. 613 (1949).

<sup>1174</sup> Declara el Tribunal: «... Aiding and abetting has a broader application. It makes a defendant a principal when he consciously shares in any criminal act whether or not there is a conspiracy. And if a conspiracy is also charged, it makes no difference so far as aiding and abetting is concerned whether the substantive offense is done pursuant to the conspiracy. *Pinkerton v. United States* is narrow in its scope. Aiding and abetting rests on a broader base; it states a rule of criminal responsibility for acts which one assists another in performing...».

<sup>1175</sup>Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 1, p. p. 220-223 y p. p. 177-178 del 2012-13 *Cumulative Supplement*. Cita esta autora a este respecto la sentencia dictada en *U.S. v. Zackery*, 494 F.3d 644 (8th Cir.2007). En ella, el Tribunal de Apelación, amparándose precisamente en la sentencia dictada en *Nye & Nissen v. United States* considera que la cuestión sobre si una persona es o no responsable de un delito, con base en la doctrina *Pinkerton*, es de naturaleza probatoria; de manera que, si se acredita la existencia de la conspiración, podrá ser declarada culpable de los delitos cometidos en ejecución de la misma, aún cuando en el escrito de acusación no se la haya acusado formalmente por dicha conspiración. Y ello, según el Tribunal, de la misma manera que cualquier persona puede ser condenada como mero partícipe en un hecho delictivo, aún cuando haya sido acusada sólo como autor. De esta forma, la responsabilidad con base en la doctrina *Pinkerton* o con base a la *aiding and abetting theory* son solo dos formas alternativas de responsabilidad conjunta por un mismo delito, al margen de que exijan la prueba de distintos hechos.

En sentido contrario, se han pronunciado los Tribunales del Sexto Circuito –*United States v. Budd*, 496 F.3d 517(6th Cir. 2007)-, para quienes no se puede instruir al Jurado sobre la posibilidad de aplicar la *Pinkerton doctrine*, al menos que se haya formulado acusación por un delito de conspiración, pues ello va mucho más allá de declarar a alguien partícipe de un delito cuando se le había acusado en concepto de autor. Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 1, p. p. 220-223 y, especialmente, p. p. 177-178 del 2012-13 *Cumulative Supplement*.

Cualquiera que ayude, aconseje, ordene, fomente o, de cualquier otra manera, asista a otro en la ejecución de un delito será responsable *for aiding and abetting* de la misma manera que lo sea el autor principal –*perpetrator*-<sup>1176</sup>.

En la jurisdicción federal, que ya no consagra las antiguas distinciones del *common law* entre autores y partícipes –*principals and accessories*-<sup>1177</sup>, tanto los que ejecutan el hecho –*principal*- como los que ordenan, inducen, procuran, cooperan o asisten en su ejecución –*accomplices*- son igualmente responsables<sup>1178</sup>. También lo serán quienes «den lugar a su ejecución», sea realizado el hecho por ellos mismos o por otros.

Dice en este sentido la sección segunda del título 18 del *U.S. Code*: (a) *Whoever commits an offense against the United States or aids, abets, counsels, commands, induces or procures its commission, is punishable as a principal*; (b) *Whoever willfully causes an act to be done which if directly performed by him or another would be an offense against the United States, is punishable as a principal*<sup>1179</sup>.

De esta manera, aunque no desaparezcan completamente las dificultades a la hora de determinar cuándo podrá imputarse a un superior, en una determinada estructura empresarial, este tipo de responsabilidad por los hechos cometidos por sus inferiores, sí que al menos puede afirmarse que la amplitud de esta cláusula legal lo favorecerá<sup>1180</sup>; particularmente, su apartado b)<sup>1181</sup>.

---

<sup>1176</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability*..., cit., vol. 1, p. 149. En el mismo sentido, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 13.12 (versión electrónica). También, Knepper, William E. y Bailey, Dan A., *Liability of Corporate Officers and Directors*, cit., § 8.02 (versión electrónica).

<sup>1177</sup>De conformidad con el *common law*, *the principal in first degree* era aquel que realizaba personalmente el tipo objetivo; *the principal in second degree* era aquel que colaboraba en dicha ejecución y estaba presente cuando tenía lugar, pero no realizaba personalmente ninguna acción. El resto de los posibles partícipes, por su parte, eran los *accessories*, y podían ser: *accessories before the fact*, cuando colaboraban en la ejecución del hecho pero no estaban presentes durante su ejecución; o *accessories after the fact*, cuando prestaban la citada colaboración o ayuda después de la comisión del hecho. Esta distinción implicaba además diferencias importantes a la hora de enjuiciar los hechos: el partícipe no podía ser juzgado antes que su principal y no podía ser condenado si este era absuelto. Por otro lado, si la acusación se había formulado en esta condición, la de *accessory*, nadie podía ser condenado como *principal*, y viceversa. Véase al respecto, Emanuel, Steven L., *Criminal Law*, cit., p. p. 215-216. En general, sobre autoría y participación, véase, Dressler, Joshua, *Understanding Criminal Law*, cit., p. p. 457-494. También, LaFave, Wayne R., *Criminal Law*, cit., p. p. 17-19.

<sup>1178</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar*..., cit., p. 41; Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 13.12 (versión electrónica).

<sup>1179</sup>Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar*..., cit., p. 41.

<sup>1180</sup>Siguiendo en este punto al Tribunal de Apelación del Primer Circuito, en la sentencia dictada en el caso *United States v. Davis*, 717 F.3d 28 (1st Cir. 2013), la condena del partícipe *for aiding and abetting* exigiría: 1) *the defendant assisted in the commission of that crime or caused it to be committed* y 2) *the defendant intended to assist in the commission of that crime or to cause it to be committed*. De esta resolución judicial cabe destacar, asimismo, la forma en la que, según se recoge en su texto, se instruyó al Jurado sobre esta forma de

No obstante, en cualquier caso, tratándose de *accomplice liability*, serán aplicables los principios que, con carácter general, permiten imputar responsabilidad al partícipe, los cuales, aunque son más amplios que aquellos que permiten castigar a un *co-conspirator* por los delitos cometidos por otro partícipe en la conspiración, tienen sus limitaciones. Así, para condenar a una persona como partícipe en el delito de otro será necesario que «in some sort associate himself with the venture, that he participate in it as in something that he wishes to bring about, that he seek by his action to make it succeed»<sup>1182</sup>. Esto es, además del aporte correspondiente al hecho, el partícipe debe conocer que se va a cometer un hecho delictivo y debe querer favorecer su ejecución<sup>1183</sup>.

En determinados supuestos, sin embargo, cuando exista una especial relación entre autor y partícipe, que genere una obligación de control del primero sobre el segundo, como la que existiría entre empleador y empleado, la mera aquiescencia o pasividad ante una infracción penal puede implicar el favorecimiento de esta última<sup>1184</sup>. De esta forma, los directivos de una compañía podrán ser penalmente responsables por los delitos cometidos por sus subordinados,

---

responsabilidad. Concretamente, las instrucciones dadas por el *trial judge* fueron las siguientes: «The guilt of a defendant may also be established without proof that he personally and directly committed every act constituting the violation alleged. A defendant may be found guilty under the aiding and abetting statute, Title 18 of the United States Code, Section 2, if it is proved beyond a reasonable doubt that he participated in the commission of a crime by another. Such other person is commonly referred to as an "accomplice. In this case, if you find beyond a reasonable doubt that Mr. Davis aided and abetted his tax preparer in submitting a material false claim for a first-time homebuyer tax credit to the Internal Revenue Service, you may find him guilty as a principal in the offense. Now, it is not enough for the government to show that a defendant was simply present when a crime was committed, or even that he knew of the other person's intent to commit a criminal act. To be convicted of aiding and abetting, it is necessary that a defendant be shown to have in some way associated himself with the criminal venture, and to have willfully participated in it as something that he wished to bring about, and by his actions sought to make it succeed. An act is done "willfully" if it is done knowingly and intentionally and with the conscious purpose of doing something that the law forbids. Participation in every stage of an illegal venture is not required to be guilty as an accomplice; it is sufficient if the government proves beyond a reasonable doubt a defendant's participation at some significant stage of the transaction».

<sup>1181</sup>En esta línea se pronuncia Brickey, para quien esta última norma permite imponer a los *aiders* y *abettors* responsabilidad vicarial, independientemente del papel que cada uno de ellos haya jugado. Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., p. 41. También parece sostener este concepto amplio de partícipe, el Tribunal Supremo Federal, en la sentencia dictada en el caso *United States v. Giles*, 300 U.S. 41 (1937). En ella, en un supuesto de hecho relacionado con un delito de falsedad en la realización de determinadas anotaciones contables en los libros o registros de una entidad bancaria, se declara: «Of course, in a sense, one who makes a false entry causes it to be made. If he makes an entry himself or directs another to make it, an allegation in the indictment that he caused it to be made may be treated as surplusage and harmless, but where the defendant has neither made a false entry nor directed another to do so, the same allegation is material and injurious. A charge that one has caused a false entry to be made is very much broader than the charge that he made it." ».

<sup>1182</sup>*Nye & Nissen v. United States*, 336 U.S. 613 (1949). Véase, Emanuel, Steven L., *Criminal Law*, cit., p. p. 215-216.

<sup>1183</sup>Véase, Emanuel, Steven L., *Criminal Law*, cit., p. p. 216-222. También, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 1, p. p. 163-171 y p. p. 134-135 del 2012-13 *Cumulative Supplement*; Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 13.12 (versión electrónica); Spehl, Stephan y Gruetzner, Thomas, *Corporate Internal Investigations: Overview of 13 Jurisdictions*, cit., § 1.06 (versión electrónica).

<sup>1184</sup>Véase, Brickey, Kathleen F., Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 1, p. 165; Emanuel, Steven L., *Criminal Law*, cit., p. p. 217-218. También, LaFave, Wayne R., *Criminal Law*, cit., p. p. 329-341.

desde luego si los ordenaron o autorizaron, pero también si meramente los consintieron, esto es, si tuvieron conocimiento de que se estaban cometiendo y no actuaron para evitarlo<sup>1185</sup>.

En este punto, una vez analizada, la posible responsabilidad del administrador de una persona jurídica *for aiding and abetting*, cabría realizar una consideración más: si un empleado comete un determinado delito en beneficio de una persona jurídica y con la intención de beneficiarla, esta infracción penal, según el modelo de imputación vigente, se imputará a la primera y dará a lugar a su responsabilidad penal, independientemente de la que corresponda al primero. Si dicho empleado, además, contó con la ayuda o, como hemos dicho, con la aquiescencia de un directivo en la comisión del delito en cuestión, este último podría ser a su vez penalmente responsable como partícipe del delito cometido por su subordinado. En definitiva serían penalmente responsables el empleado que cometió el hecho y el directivo que colaboró con él en su condición de *aider o abetor*; al margen, lógicamente, de la responsabilidad que podría corresponder a la persona jurídica<sup>1186</sup>.

El supuesto que acabamos de exponer, en el que, en la comisión del delito, intervienen dos personas físicas (un directivo y un empleado), sería distinto al contemplado por el Tribunal de Apelación del Tercer Circuito en el caso *United States v. Sain*<sup>1187</sup> en el que, interviniendo una sola de ellas (un directivo), se planteó la posibilidad de que, en línea con lo sostenido por algún autor<sup>1188</sup>, dicho sujeto fuera condenado, además de como autor de su propio delito, como *aider o abetor* por haber cooperado en la comisión del delito por la persona jurídica.

En el supuesto analizado en la resolución citada, Samir K. Sain y su compañía, *Advanced Environmental Consultant Inc.* (AEC) fueron condenados con base en la *Major Fraud Act* de 1988, en la que se castiga (como delito federal) defraudar a los Estados Unidos en el contexto de un contrato con el Gobierno, si el fraude supera una determinada cantidad. Concretamente, Samir K. Sain fue condenado en concepto de autor y, simultáneamente, como partícipe en el delito cometido por la compañía que, como hemos dicho, también había sido condenada. En su recurso de apelación, Samir K. Sain, además de combatir su condena como

---

<sup>1185</sup>Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 1, p. p. 165-166; también, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 13.12 (versión electrónica); Schaaff, Paul F. Jr., «Indirect Criminal Conduct of Corporate Officers-law in Search of a Fair and Effective Standard of Liability», *13 Del. J. Corp. L.* 137 (1988), p. p. 142-143; Brickey, Kathleen F., «Criminal Liability of Corporate Officers...», cit., p. p. 1341-1342.

<sup>1186</sup>Idéntica conclusión alcanzaríamos si el *aider o abetor* fuera un *outsider* respecto a la organización.

<sup>1187</sup>*United States v. Sain*, 141 F.3d 463 (3rd Cir. 1998).

<sup>1188</sup>Véase, Doyle Charles, «Corporate Criminal Liability: An Overview of Federal Law», *Congressional Research Service Report*, Washington, D. C., octubre (2013).



autor de alguna de las infracciones penales previstas en la norma citada, alegó, entre otras cuestiones, que no podía ser condenado como partícipe en la infracción cometida por la compañía porque él era su único dueño y, de hecho, la controlaba. No existía pues ninguna entidad a la que él hubiera podido ayudar en la comisión del delito; él y la compañía eran, en definitiva, una misma cosa. Se apoyaba el recurrente en la jurisprudencia recaída en torno al delito de conspiración, conforme a la cual un empleado de una *corporation* no podía ser condenado por este delito cuando él era la única parte en dicha conspiración.

El Tribunal de apelación rechazó estos argumentos. En primer lugar, desestimó la alegación de que el recurrente y la compañía fueran una misma cosa, puesto que esta última sin duda tenía una existencia separada de sus accionistas, aún cuando una sola persona fuera quien realmente ejerciera el control sobre ella al ser titular de todas las acciones. En segundo lugar, para el Tribunal, incluso asumiendo que efectivamente el recurrente no podía conspirar con su entidad, puesto que la existencia de la conspiración exigía al menos dos individuos, ello no impedía que sí pudiera imponérsele responsabilidad por haber cooperado con ella en la comisión de los delitos. Así se declara, «an individual who causes a corporation to commit a crime is criminally liable for the corporation's criminal conduct as an aider and abettor even if the corporation does not act with a knowing mental state», esto es, aquél que da lugar a que una *corporation* cometa un delito es penalmente responsable por ello como partícipe incluso cuando dicha entidad no actúe con el conocimiento preciso».

Esta solución nos parece incoherente. Tal y como alegó el recurrente (aunque sin mucha precisión al ampararse en un argumento débil relacionado con la confusión entre su propia persona y la entidad) la solución debería haber sido la misma que en los casos de las denominadas *single agents intracorporate conspiracy*. Esto es, de la misma manera que un solo empleado no puede propiamente conspirar con su entidad, tampoco podría ser condenado como partícipe en el delito cometido por ella. Podrá serlo como autor de la infracción por él cometida, que si se ejecutó en el ejercicio de su cargo y con intención de beneficiarla dará lugar a la de la entidad. Pero a estos dos títulos de imputación, el del directivo y el de la entidad, no podría sumársele «un tercero», que sería aquél que daría lugar a que el directivo respondiera, además, como partícipe en el delito cometido por la entidad. Si así fuera, sería como condenar a una persona como autor y cómplice al mismo tiempo y con relación a un mismo hecho.

#### 4. Responsible Corporate Officer Doctrine

Junto a los expuestos, existe un tercer criterio de imputación que permite considerar a los administradores de una persona jurídica penalmente responsables por los delitos cometidos en el seno de la organización que dirigen. Es el que se deriva de la denominada *Responsible Corporate Officer Doctrine*.

Esta doctrina tiene su origen en dos conocidísimos pronunciamientos del Tribunal Supremo Federal, ambos en el ámbito de la *Food, Drug and Cosmetic Act*, y por tanto en la esfera de las llamadas *Welfare Statutes*. Son las sentencias dictadas en *United States v. Dotterweich*<sup>1189</sup> y *United States v. Park*<sup>1190</sup>.

En la primera de ellas, el Tribunal confirmó la condena del presidente y *general manager* de una compañía farmacéutica que había comercializado medicamentos adulterados, a pesar de que la acusación no había acreditado que tuviera conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción o que hubiera participado de alguna manera en la comercialización y distribución de los productos manipulados<sup>1191</sup>. El mero hecho, según la resolución dictada por el Tribunal Supremo, de que el acusado tuviera alguna responsabilidad sobre la actividad en cuyo desarrollo había tenido lugar la infracción justificaba su castigo<sup>1192</sup>. El conocimiento de estar realizando algo ilícito, como presupuesto necesario para exigir con carácter general responsabilidad penal,

---

<sup>1189</sup>*United States v. Dotterweich*, 320 U.S. 277 (1943).

<sup>1190</sup>*United States v. Park*, 421 U.S. 658 (1975).

<sup>1191</sup>Sobre esta premisa, la doctrina no alberga duda alguna. Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., p. p. 42-43; Brickey, Kathleen F., «Criminal Liability of Corporate Officers...», cit., p. p.1346-1347; Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 13.12 (versión electrónica); Knepper, William E. y Bailey, Dan A, *Liability of Corporate Officers and Directors*, cit., § 8.02 (versión electrónica); Arkin, Stanley S., *Business Crime*, cit., §16.2 (versión electrónica); Strader, Kelly J., *Understanding White Collar...*, cit., p. p. 28-29. También, Sepinwall, Amy J., «Responsible Shares and Shared Responsibility: In Defense of Responsible Corporate Officer Liability», 2014 *Colum. Bus. L. Rev.* 371 (2014), p. 378; Baird, Andrew C., «The New Park Doctrine: Missing the Mark», 91 *N.C. L. Rev.* 949 (2013), p. p. 956-957; Boozang, Kathleen M. «Responsible Corporate Officer Doctrine: When is falling down on the job a crime?», 6 *St. Louis U. J. Health L. & Pol'y* 77 (2012), p. 97; Petrin, Martin, «Circumscribing the "Prosecutor's Ticket to Tag the Elite". A Critique of the Responsible Corporate Officer Doctrine», 84 *Temp. L. Rev.* 283 (2012), p. p. 286-288; McKee, Mariza E. y Roberts, William E., «Minding Your Own Business: Director, Officer, and General Counsel Liability under the Responsible Corporate Officer Doctrine», 68 *J. Mo. B.* 262 (2012), p. 263; Mullikin, Nancy, «Comments. Holding the Responsible Corporate Officer Responsible: Addressing the Need for Expansion of Criminal Liability for Corporate Environmental Violators», 3 *Golden Gate U. Envtl. L.J.* 395 (2010), p. p. 403-404; Kushner, Amiad, «Applying the Responsible Corporate Officer Doctrine outside the Public Welfare Offense Context», 93 *J. Crim. L. & Criminology* 681 (2003), p. p. 691-692; Finn, Cynthia H., «The Responsible Corporate Officer, Criminal Liability and mens rea: limitations on the RCO Doctrine», 46 *Am. U. L. Rev.* 543 (1996), p. p. 550- 551.

<sup>1192</sup>Declara el Tribunal: «Whether an accused shares responsibility in the business process resulting in unlawful distribution depends on the evidence produced at the trial and its submission -assuming the evidence warrants it- to the jury under appropriate guidance. The offense is committed, unless the enterprise which they are serving enjoys the immunity of a guaranty, by all who do have such a responsible share in the furtherance of the transaction which the statute outlaws».

quedaba en este caso desplazado por la finalidad perseguida por la norma, que no era otra que la protección de los consumidores y la salud pública<sup>1193</sup>. Esta protección justificaba que se declarase culpable de un delito a una persona que personalmente no había intervenido en él, si dicho delito había tenido lugar en un ámbito de actividad que estaba bajo su responsabilidad<sup>1194</sup>. Esa «*responsible relation*»<sup>1195</sup> o ese «*shares responsibility in the business process*»<sup>1196</sup> permitiría por sí misma imputar responsabilidad penal a la persona; y ello aunque no tuviera conocimiento de que se estaba cometiendo la infracción.

La doctrina expuesta fue confirmada por el Tribunal Supremo Federal, años más tarde, en *United States v. Park*<sup>1197</sup>.

En este supuesto, el *chief executive officer* de una compañía, con aproximadamente 36.000 empleados, y dedicada a la distribución de alimentos, había sido condenado en primera instancia por varias infracciones penales, también previstas en la *Food, Drug and Cosmetic Act*, tras descubrirse la existencia de roedores en alguno de los lugares en los que la empresa almacenaba estos alimentos. El Tribunal de Apelación revocó esta condena y ordenó la celebración de un nuevo juicio. Según este órgano, las instrucciones dadas al jurado no habían sido correctas porque, tal como habían sido formuladas, permitían la condena del acusado por el mero hecho de ser presidente de la compañía, en ausencia de todo acto ilícito por su parte, lo que excedía, según el Tribunal de apelación, de los márgenes fijados en *United States v. Dotterweich*. Esta última resolución permitía que no se acreditara el elemento tradicional de la *awareness of some wrongdoing*, esto, la conciencia de esta realizando algo ilícito, pero no que se suprimiera la existencia misma del acto ilícito, esto es, de la *wrongful action*, porque ello vulneraría el derecho al proceso debido.

El Tribunal Supremo Federal no compartió esta conclusión y, revocando el pronunciamiento de segunda instancia, confirmó el veredicto del jurado.

---

<sup>1193</sup>Declara al respecto el Tribunal: «Such legislation dispenses with the conventional requirement for criminal conduct: awareness of some wrongdoing. In the interest of the larger good it puts the burden of acting at hazard upon a person otherwise innocent but standing in responsible relation to a public danger».

<sup>1194</sup>Véase, Baird, Andrew C., «The New Park Doctrine: Missing ...», cit., p. p. 957-958.

<sup>1195</sup>Véase, Baird, Andrew C., «The New Park Doctrine: Missing ...», cit., p. p. 957-958.

<sup>1196</sup>Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability*..., cit., vol. 1, p. p. 175-176.

<sup>1197</sup>*United States v. Park*, 421 U.S. 658 (1975).

Para el Tribunal Supremo, la responsabilidad penal por los delitos cometidos en el seno de una entidad puede exigirse no solo a aquellos que los cometen, sino también a aquellos que ocupan con respecto a los anteriores una posición de dirección o similar. Su responsabilidad, en este caso, no dependerá de su conocimiento o de su participación personal en la infracción, sino de su falta de actuación<sup>1198</sup>. Concretamente, será suficiente a estos efectos, según el Tribunal, que por la posición que se ocupe en la dirección de la compañía el sujeto en cuestión tenga la facultad de prevenir el hecho ilícito.

Efectivamente, según la sentencia dictada, una ley como la que amparó la condena en el supuesto de autos, no solo impone a los directivos el deber positivo de implementar medidas cuando se advierta que se están vulnerando la misma, sino también la obligación de adoptar las necesarias para que estas vulneraciones no se produzcan. Estas exigencias de previsión y vigilancia pueden ser, quizás, onerosas, pero son las que la sociedad tiene derecho a esperar de aquél que asume voluntariamente una posición de autoridad en una empresa cuyos productos y servicios puedan afectar a la salud pública y al bienestar general.

De esta manera, lo esencial y en consecuencia lo que tendrá que acreditar la acusación en el juicio, es que el acusado, por su posición en la entidad, tenía la responsabilidad y la autoridad o para prevenir la infracción o para corregirla inmediatamente después que se hubiera producido<sup>1199</sup>. Partiendo de ello, que se fundamenta, como se hizo en *Dotterweich*, en el interés público que se trata de proteger, que es el que justifica que se exija a los encargados de distribuir un producto como los alimentos una diligencia más elevada, lo que deberá valorar el

---

<sup>1198</sup>Declara el Tribunal: «...In the latter class of cases, the liability of managerial officers did not depend on their knowledge of, or personal participation in, the act made criminal by the statute. Rather, where the statute under which they were prosecuted dispensed with "consciousness of wrongdoing," an omission or failure to act was deemed a sufficient basis for a responsible corporate agent's liability. It was enough in such cases that, by virtue of the relationship he bore to the corporation, the agent had the power to prevent the act complained».

<sup>1199</sup>Declara el Tribunal en este punto: «We cannot agree with the Court of Appeals that it was incumbent upon the District Court to instruct the jury that the Government had the burden of establishing "wrongful action" in the sense in which the Court of Appeals used that phrase. The concept of a "responsible relationship" to, or a "responsible share" in, a violation of the Act indeed imports some measure of blameworthiness; but it is equally clear that the Government establishes a prima facie case when it introduces evidence sufficient to warrant a finding by the trier of the facts that the defendant had, by reason of his position in the corporation, responsibility and authority either to prevent in the first instance, or promptly to correct, the violation complained of, and that he failed to do so. The failure thus to fulfill the duty imposed by the interaction of the corporate agent's authority and the statute furnishes a sufficient causal link. The considerations which prompted the imposition of this duty, and the scope of the duty, provide the measure of culpability».

Jurado es si el acusado «tiene alguna responsabilidad sobre la situación», y si «en virtud de su posición (...) tenía (...) autoridad y responsabilidad para tratar con la situación»<sup>1200</sup>.

No exige el Tribunal en consecuencia que el directivo tenga conocimiento de que se está cometiendo la infracción, sino sencillamente que se haya cometido en su ámbito de actuación, de manera que tuviera capacidad de prevenirla. En definitiva, según los razonamientos expuestos en *United States v. Park*, solo por su posición en la estructura de la entidad, el directivo puede ser declarado culpable de un delito si la acusación prueba que tenía algún nivel de responsabilidad, incluso remota, sobre la actividad en cuyo desarrollo se cometió<sup>1201</sup>.

Se concreta así la doctrina de *Dotterwich* en el siguiente sentido. La exigencia de responsabilidad individual al *corporate officer*, ese «shares responsibility in the business process» al que allí se hacía referencia, solo exige que el delito se haya cometido en un ámbito de la actividad de la empresa sobre el que él puede ejercer facultades de dirección y supervisión, aunque no hayan sido ejercidas concretamente en la práctica<sup>1202</sup>. Esto bastará para declarar su responsabilidad.

Ahora bien, ante una acusación de este tipo, el administrador de la entidad podrá alegar que no tenía realmente capacidad para prevenir o corregir la infracción en cuestión, pero si lo hace, corresponderá a él la carga de la prueba. Es lo que se conoce como *objective impossibility defense*. Así lo permitió el Tribunal Supremo en *Park*, donde el acusado, aun sin éxito, pudo plantear una pretensión de este tipo.

---

<sup>1200</sup>Un ejemplo de cómo podrían ser las instrucciones al Jurado en este extremo, serían las dadas por el *trial judge* en *United States v. Y. Hata & Co. LTD*, y precisamente con respecto al mismo delito que el enjuiciado en *United States v. Park*. Fueron las siguientes: «[Y]ou must find beyond a reasonable doubt(...) that they [Hata and Ueki] held responsible positions(...) related to the part of the business(...) which caused the adulteration(...); You are instructed that the government need not prove that the defendants knew that they were violating the law or that they intended to violate the law. Good faith or good intent is not a defense to this crime(...); You may find that the defendants Minoru Hata and Randy H. Ueki guilty if you find that at the time the corporation caused the adulteration, the defendants held responsible positions related to the adulteration by the corporation». Véase, *United States v. Y. Hata & Co., LTD*, 535 F. 2d. 508 (1976).

<sup>1201</sup>Baird, Andrew C., «The New Park Doctrine: Missing ...», cit., p. 960.

<sup>1202</sup>Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 1, p. 192; Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 13.12; Knepper, William E. y Bailey, Dan A., *Liability of Corporate Officers and Directors*, cit., § 8.02 (versión electrónica); Arkin, Stanley S., *Business Crime: Criminal Liability of the Business Community*, cit., § 16.02 (versión electrónica); Spehl, Stephan y Gruetzner, Thomas, *Corporate Internal Investigations: Overview of 13 Jurisdictions*, cit., § 1.06 (versión electrónica). También, Boozang, Kathleen M., «Responsible Corporate Officer Doctrine: when is falling down on the job...», cit., p. p. 97-99; McKee, Mariza E. y Roberts, William E., «Minding Your Own Business: Director, Officer, and General...», cit., p. 263; Kushner, Amiad, «Applying the Responsible Corporate Officer Doctrine...», cit., p. 698.

Según se describe en esta resolución, el directivo condenado alegó en su defensa que, aunque todos los empleados de su compañía estaban bajo su dirección, se trataba de una gran empresa y existía una estructura organizativa con distintos responsables de las diversas funciones a desarrollar. De esta forma cuando tuvo noticia de la comunicación de la *FDA* (*The Food and Drug Administration*) en la que se le comunicaba a la empresa las malas condiciones de uno de los almacenes, se puso en contacto con el vicepresidente para asuntos jurídicos, que le informó que el vicepresidente de la división de Baltimore, donde se encontraba el almacén, le había dicho que se estaba investigando lo ocurrido y que se tomarían las medidas oportunas. Hizo pues todo lo que le era exigible. Porque él, añadió el acusado, como presidente de una gran corporación, necesariamente tenía que delegar sus funciones en otros subordinados, sin que tuviera constancia en ningún momento de que estos estaban incumpliendo la norma.

El Tribunal, como hemos adelantado, rechazó esta alegación. Porque lo que ponía de manifiesto la prueba practicada era precisamente lo contrario; esto es, que el acusado debía conocer que no podía confiar en sus subordinados para prevenir o corregir las deficiencias advertidas en los almacenes afectados. Según se describe en la sentencia, la empresa había sido objeto de una inspección en diciembre de 1971, en la que por primera vez se pusieron de manifiesto las malas condiciones higiénicas de uno de los almacenes de Baltimore. Tres meses después se practicó una segunda. En esta ocasión, los inspectores encontraron que aunque había algunas mejoras, todavía había indicios de la existencia de roedores. Pues bien, según declaró uno de los testigos, el resultado de la primera inspección se comunicó en su momento al acusado, al que también se informó de los pasos que se habían dado para remediar las deficiencias advertidas, que lógicamente, no fueron las correctas, porque dichas deficiencias no habían desaparecido cuando tuvo lugar la segunda inspección. El acusado pues conocía, desde un principio, según el Tribunal, que el servicio encargado de conservar los almacenes en condiciones apropiadas no había funcionado adecuadamente y, en consecuencia, debió supervisar que las medidas correctoras se habían implementado debidamente<sup>1203</sup>. Pudo, en definitiva, prevenir y evitar el delito<sup>1204</sup>.

---

<sup>1203</sup>Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 1, p. 193.

<sup>1204</sup>Otras *objective impossibility defenses* fueron analizadas por los Tribunales en la sentencias dictadas en los casos *United States v. Y. Hata & Co. Ltd*, 535 F.2d 508 (9th. Cir. 1976), y *United States v. Starr*, 535 F.2d (9th Cir.1976). En este último caso, también relacionado con la contaminación de un almacén donde se conservaban alimentos y en el que, además de a la empresa, se condenó al directivo que tenía la responsabilidad sobre aquéllos, este último, al amparo de esta *defense*, alegó dos cuestiones: la primera, que la contaminación se debió a un fenómeno natural ajeno a la compañía, como había sido el arado de un campo cercano al almacén que había provocado que los ratones huyeran y se refugiaran en el mismo; y la segunda, que un empleado «saboteó» a la empresa al negarse a cumplir las instrucciones de limpieza que recibió de los inspectores de la *FDA*

En conclusión, la denominada *responsible corporate officer doctrine* permite exigir responsabilidad penal al directivo de una entidad por los delitos cometidos por sus subordinados aunque no haya tenido conocimiento de su existencia, y por tanto de su capacidad concreta de actuación para evitarlos, siempre que hayan sido cometidos en su ámbito de responsabilidad.

Esta doctrina, inicialmente surgida, por las razones expuestas, en el ámbito de la *Food, Drugs and Cosmetic Act*, ha sido aplicada en otro tipo de delitos, incluidos, en principio, como los anteriores, en las denominadas *Welfare Statutes*. Es el caso, entre otras, de las normas *antitrust*, la *Federal Meat Inspection Act*<sup>1205</sup> o determinadas normas medioambientales, donde comenzó a expandirse a partir de los años 80<sup>1206</sup>.

Es precisamente en este último ámbito, donde se ha sostenido un intenso debate sobre la influencia que la aplicación de la *responsible corporate officer doctrine* ha tenido en la total eliminación del *mens rea* exigido por los delitos en ella contemplados, con posiciones no siempre coincidentes entre los distintos Tribunales de Apelación sobre si el acusado debe o no tener conocimiento de la existencia de la infracción<sup>1207</sup>. Algunos autores han defendido, en este ámbito de las normas medioambientales, que la aplicación de la *corporate officer doctrine* no implica un supuesto de responsabilidad objetiva y que, por tanto, sí exige la concurrencia en el sujeto de algún grado de culpabilidad<sup>1208</sup>.

---

tras la primera inspección. Ambas alegaciones fueron rechazadas. La primera, porque el deber de vigilancia y supervisión que correspondía por su posición al acusado le obligaba a estar preparado ante una eventualidad como la ocurrida, cualquiera que fuera su origen; la segunda, porque, según el mismo declaró, después de reprender al empleado tras la primera inspección, no vigiló que hiciera lo que se le había ordenado, de manera que no fue consciente de que este no había llevado a cabo las labores de limpieza que le habían encargado hasta que la segunda inspección lo puso de manifiesto. El acusado por tanto, según el Tribunal, no cumplió con «the highest standard of foresight and vigilance». Véase al respecto, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 1, p. p. 186-189; también, Baird, Andrew C., «The New Park Doctrine: Missing...», cit., p. p. 962-963. Para algunos autores, el Tribunal, al realizar estas consideraciones, aun cuando su intención era confirmar la línea de *Dotterweich*, se aparta de la *strict liability* y parece exigir un cierto grado de comportamiento negligente del directivo al no ejercer debidamente sus facultades de control, lo que ha podido generar confusión entre los Tribunales que, posteriormente, han aplicado dicha doctrina de una manera no siempre coincidente. Véase, Sepinwall, Amy J., «Responsible Shares and Shared...», cit., p. p. 385-389. También, Petrin, Martin, «Circumscribing the “Prosecutor’s Ticket to Tag the Elite”. A Critique of ...», cit., p. p. 288-289.

<sup>1205</sup>Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 1, p. 190; Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 13.12 (versión electrónica); Roberts, William E., «Minding Your Own Business: Director, Officer, and General...», cit., p. 264. También, Petrin, Martin, «Circumscribing the “Prosecutor’s Ticket to Tag the Elite”. A Critique of...», cit., p. p. 289-290, que pone de manifiesto que algunos autores están instando su aplicación más allá de las *public welfare o regulatory offenses*.

<sup>1206</sup>Wolf, Sidney M., «Finding an Environmental Felony under the Corporate Veil: The responsible Corporate Officer Doctrine and RCRA», *J. Land Use & Envtl. L.* 1 (1993), p. 7.

<sup>1207</sup>Al respecto, véase, Burns, Amanda, Gieringer, Francis, McAleer, David y Mirabal, Michelle, «Environmental Crimes», *50 Am. Crim. L. Rev.* 857 (2013), p. p. 866-867.

<sup>1208</sup>Véase en este sentido, Sepinwall, Amy J. «Responsible Shares and Shared...», cit., p. p. 385-388; Petrin, Martin, «Circumscribing the “Prosecutor’s Ticket to Tag the Elite”. A Critique of...», cit., p. p. 294-296. También,

Cabe indicar al respecto que aunque es cierto que los argumentos del Tribunal Supremo en *Park* (particularmente al analizar la defensa planteada por el acusado) son algo confusos y parecen partir del conocimiento que el acusado tenía de lo que estaba sucediendo y por tanto, de su capacidad para evitarlo, de una lectura completa de la resolución podemos concluir que lo que pretendía el Tribunal era confirmar la doctrina expuesta en *Dotterweich* y, con ello, la posibilidad de que la responsabilidad del directivo de la entidad derive sencillamente del hecho de que el ilícito se haya cometido dentro de su «ámbito de control», aun cuando no tuviera conocimiento de su existencia y, por tanto, de su capacidad para evitarlo.

Esta forma de entender la *responsible corporate officer doctrine* es por otro lado lo que, en nuestra opinión, justifica su interés, y con ello, que haya sido objeto de atención por los autores. En este sentido, el que la responsabilidad que se imputa a los directivos sea de carácter objetivo, con el aumento consiguiente de las probabilidades de que estos incurran en responsabilidad penal por delitos cometidos en el seno de la organización que dirigen, es lo que, subyace en la preocupación mostrada recientemente por algunos autores ante lo que entienden ha sido un resurgir en su utilización por parte de la Fiscalía, sobre todo a partir del año 2007<sup>1209</sup>.

Desde esta perspectiva, en línea con lo señalado por algún autor<sup>1210</sup>, la justificación de la *responsible corporate officer doctrine* no difiere esencialmente de la de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a las que también se les hace responsable por los delitos cometidos por los miembros de su organización, aun cuando propiamente ellas no hayan incurrido en ningún comportamiento culpable. Su responsabilidad también es objetiva, sin perjuicio de que «su culpabilidad» pueda luego valorarse a la hora de individualizar la pena, de conformidad con los criterios fijados por las *sentencing guidelines* para organizaciones.

En el caso de la *responsible corporate officer doctrine* el comportamiento culpable del *officer* o *director* tampoco ha de acreditarse por la acusación, pero sí puede ser valorado, como de hecho hizo el Tribunal Supremo Federal en *Park*, si el acusado alega la que hemos denominado *objective impossibility defense*.

---

Andrew C., «The New Park Doctrine: Missing ...», cit., p. p. 972-981, que partiendo de la idea de que los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo en *Park* son confusos, aporta argumentos a favor y en contra de la idea de que la responsabilidad allí declarada era objetiva, con cita de distintas sentencias que apoyarían esta posición y la contraria.

<sup>1209</sup>En este sentido, véase, Savage, Joseph F. y Klawiter, Maren, «Revival of the Responsible Corporate Officer Doctrine», 26 *Health Law* 32 (2013); Baird, Andrew C., «The New Park Doctrine: Missing ...», cit., p. 951. También Roberts, William E., «Minding Your Own Business: Director, Officer, and General...», cit., p. 264.

<sup>1210</sup>Véase, Boozang, Kathleen M., «Responsible Corporate Officer Doctrine:...», cit., p. p. 111-112.



En este sentido resultan muy interesantes las consideraciones que sobre esta doctrina, también conocida como *Park Doctrine*, se incluyen en el manual de actuación de la FDA<sup>1211</sup>. En él se parte, en primer lugar, de que esta doctrina permite imputar responsabilidad penal a un *corporate official* aunque no tuviera conocimiento o participación en el delito en cuestión y, por tanto, aún cuando no concurra ningún tipo de dolo o negligencia. No obstante, continúa el texto<sup>1212</sup>, el hecho de que el directivo en cuestión conociera o no que se estaba cometiendo un delito será un factor a tener en cuenta para recomendar o no el ejercicio de acciones penales contra él. Junto a este, otros factores a valorar serán: si la infracción implica o no un daño real o potencial a terceros, si es obvia, si refleja un determinado modelo de comportamiento o el no seguimiento de advertencias previas, si estaba extendida, si era grave, la sostenibilidad legal y fáctica de la acusación y, por último, si la formulación de esta última supone una utilización prudente de los recursos de la agencia<sup>1213</sup>.

En definitiva, un juego de contrapesos que ya hemos visto reflejado en otras partes de este trabajo y que no es sino una característica propia del sistema penal de los Estados Unidos. Los directivos están sometidos, como las personas jurídicas que dirigen, a un riesgo penal muy elevado, si en el seno de dicha organización se cometen delitos, pero simultáneamente la acusación puede valorar otros factores para distinguir al directivo responsable del que no lo fue y decidir en consecuencia formular o no acusación contra él.

---

<sup>1211</sup> Disponible en [www.fda.gov/ICECI/ComplianceManuals/RegulatoryProceduresManual/ucm176738.htm](http://www.fda.gov/ICECI/ComplianceManuals/RegulatoryProceduresManual/ucm176738.htm).

<sup>1212</sup> Sección 6-5-3 -*Special Procedures and Considerations for Park Doctrine Prosecutions.-Recommending Park Doctrine Prosecutions.*

<sup>1213</sup> Véase, la Sección 6-5-3 del *FDA Manual*.

## CAPÍTULO DÉCIMO. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES

### I. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES FRENTE A LA ENTIDAD POR EL INCUMPLIMIENTO DE LOS *FIDUCIARY DUTIES*

#### 1. Introducción

La independencia con la que los administradores de una sociedad deben ejercer sus funciones y tomar sus decisiones, reflejada en la doctrina jurisprudencial del *Business Judgment Rule*, a la que luego nos referiremos, transcurre paralela, especialmente en los últimos tiempos de crisis económica, a la preocupación creciente por la necesidad de controlar los abusos de poder.

Esta necesidad de control se refleja en la intervención creciente del poder público en el *corporate governance*, regulando aspectos de la organización y estructura de las entidades que hasta hace poco quedaban en manos de la autonomía de la voluntad. Las numerosas medidas impuestas en este sentido, a nivel federal, por la *Dodd-Frank Act* de 2012, continuando el camino iniciado por la *Sarbanes-Oxley Act* de 2002, son un buen ejemplo, pretendiendo muchas de ellas el establecimiento de mecanismos internos destinados precisamente a prevenir estos abusos y el consiguiente perjuicio que puedan generar a la organización.

Pero al margen de ello, y por tanto, de las numerosas y variadas obligaciones que el ordenamiento federal, y en su caso, también el estatal, puedan imponer a los administradores en el ejercicio de su funciones, y cuyo incumplimiento pueda generar la correspondiente responsabilidad, cualquiera que sea su naturaleza, también la propia relación que une a aquéllos con la entidad que representan es por sí misma fuente de ciertas obligaciones. Son los denominados *fiduciary duties*.

En la delimitación de su contenido el papel preponderante corresponde al Derecho estatal. Las personas jurídicas son, como hemos dicho en alguna ocasión, «criaturas del Derecho estatal», que es el llamado en primer término a regular su funcionamiento interno.

Por otro lado, el instrumento fundamental a través del cual se controla el cumplimiento de estos deberes es la denominada *derivative suit*. Se trata de una demanda interpuesta por un accionista, en nombre de la entidad y contra sus administradores, por los daños que hayan podido causar a la entidad al incumplir los deberes que le unen co ella. De esta manera, si una

determinada decisión del Consejo de administración de una entidad no ha respetado estos deberes y ha implicado, por ejemplo, un descenso del precio de las acciones de la entidad o ha fijado unas retribuciones irracionales a favor de sus miembros, la entidad, representada por este accionista, podrá exigir a sus administradores las responsabilidades pecuniarias correspondientes<sup>1214</sup>.

Son los intereses de la entidad, y frente a los que la controlan, los que se defienden a través de estas acciones, independientemente de que, lógicamente, el perjuicio de la entidad, se traduzca en un perjuicio del accionista<sup>1215</sup>. Pero es esa defensa de la propia entidad, lo que las diferencia de las denominadas *direct suits* por las que el accionista reclama un derecho propio, como por ejemplo, el pago de un dividendo, el acceso a determinada información o el ejercicio de su derecho de voto<sup>1216</sup>.

El colapso financiero de principios del siglo XXI tuvo su reflejo en un nuevo afán regulador del poder público, pero también ha devuelto a la actualidad este tipo de acciones en un intento de exigir responsabilidad a unos administradores responsables de muchas de las decisiones que, finalmente, provocaron la caída de entidades o graves perjuicios a las mismas.

El examen del estado de esta cuestión nos parece por ello imprescindible y result además, interesante porque nos permite observar un escenario que pronto podrá plantearse en nuestro ordenamiento cual es la posible responsabilidad civil de los administradores frente a los accionistas en aquellos casos en los que la entidad sea declarada penalmente responsable con los consiguientes daños económicos que ello le puede suponer. ¿Cuándo supondrá dicha condena una infracción de los deberes de diligencia y lealtad que a estos corresponden?

---

<sup>1214</sup>Véase, Brodsky, Edward y Adamski, Patricia, *Law of Corporate Officer and Directors. Rights, Duties and Liabilities*, 5ª ed., 2013, p. p. 463-592; Radin, Stephen A., *The Judgment Business Rule. Fiduciary Duties of Corporate Directors*, 6ª ed., 2009, vol. 3, p. p. 3607-4362. También, Pinto, Arthur R. y Branson Douglas M., *Understading Corporate Law*, cit., p. p. 483-558; Robert W. y Freer, Richard D, *The Law of Corporations in a Nutshell*, cit., p. p. 348- 375; Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p.. p. 325-330.

<sup>1215</sup>Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. 328. También, Pinto, Arthur R. y Branson, Douglas M., *Understading Corporate Law*, cit., p. 483

<sup>1216</sup>Véase, Pinto, Arthur R. y Branson Douglas M., *Understading Corporate Law*, cit., p. p. 487-489; Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. p. 325-330; Brodsky, Edward y Adamski, Patricia, *Law of Corporate Officer and Directors. Rights, Duties and Liabilities*, cit., p. p. 467-472.

## 2. *Duty of care and duty of loyalty*

Los administradores de las sociedades americanas, como los de nuestras sociedades, ejercen sus funciones y toman sus decisiones de una manera independiente, pero también responsable<sup>1217</sup>.

Dos serían las obligaciones fundamentales que frente sus organizaciones tienen quienes las dirigen: a) a *duty of care*, que implica que los administradores han de ejercer sus funciones de una manera razonable y en el mejor interés de la compañía, tal como lo haría cualquier persona prudente en condiciones similares<sup>1218</sup>; y b) a *duty of loyalty*, que, básicamente, exige que los administradores velen por los intereses de la entidad y de los accionistas y no por los suyos propios, evitando así cualquier tipo de conflicto entre unos y otros en la toma de decisiones<sup>1219</sup>.

Si el deber de actuar conforme a las reglas de la buena fe, indiscutible por otro lado, está incluido en estas obligaciones o constituye un deber independiente ha sido objeto de controversia<sup>1220</sup>. Si algunos han defendido la necesidad de dicha independencia para superar los límites que presenta la exigencia de responsabilidad de los administradores con base en los deberes tradicionales, otorgando así a los Tribunales un instrumento más eficaz y que se adapta mejor a las nuevas necesidades<sup>1221</sup>; otros han defendido la suficiencia de los primeros,

---

<sup>1217</sup>En el ordenamiento español, esta materia de los deberes y obligaciones de los administradores ha sido modificada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre (en vigor desde el 24 de diciembre), que modifica la Ley sobre sociedades de capital. Concretamente se han modificado los artículos 225 a 232 de esta ley para concretar cuáles son las obligaciones comprendidas en los deberes generales de diligencia y lealtad que se impone.

<sup>1218</sup>Emanuel, Stevens L., *Corporations*, cit., p. 171. Véase también, el *Model Business Corporation Act*. Concretamente los comentarios a la sección § 8.30 -*Standards of Conduct for Directors*- del *subchapter c*), del capítulo 8, dedicados a los *directors and officers*.

<sup>1219</sup>En este sentido, de conformidad con el apartado segundo de la sección 8.30 del *subchapter c*), del capítulo 8 del *Model Business Corporation Act*, los administradores deben actuar «in a manner the director reasonably believes to be in the best interests of the corporation». Resultan también interesantes los comentarios a la norma. Para una exposición detallada del contenido de estos deberes, véase, Brodsky, Edward y Adamski, Patricia, *Law of Corporate Officer and Directors. Rights, Duties and Liabilities*, cit., p. p. 5-148. También, Radin, Stephen A., *The Judgment Business Rule. Fiduciary Duties of Corporate Directors*, cit., vol.1, p. p. 411-1122. Asimismo, véase, Pinto, Arthur R. y Branson, Douglas M., *Understanding Corporate Law*, cit., p. p. 226-283; Palmiter, Alan S., *Corporations*, cit., p. p. 215-318; Hamilton, Robert W. y Freer, Richard D., *The Law of Corporations in a Nutshell*, cit., p. p. 150-195; Emanuel, Stevens L., *Corporations*, cit., p. p. 197-248; Bainbridge, Stephen M., *Corporate Law*, cit., p. p. 96-186.

<sup>1220</sup>Emanuel, Stevens L., *Corporations*, cit., p. 179.

<sup>1221</sup>Véase, Eisenberg, Melvin A., «The Duty of Good Faith in Corporate Law», 31 *Del. J. Corp. L.* 1 (2006).

particularmente a través de un correcto entendimiento del *duty of loyalty*<sup>1222</sup>, que daría cobertura a cualquier comportamiento que los administradores pudieran realizar.

La discusión en torno a esta cuestión y su influencia en la delimitación de los deberes de los administradores se ha desarrollado, principalmente, al examinar la jurisprudencia al respecto emanada de los Tribunales del Estado de Delaware<sup>1223</sup>, que juegan un papel importantísimo en el desarrollo del *Corporate Law*. Ya hicimos constar en su momento como, por diferentes razones, tanto históricas como relacionadas con la propia estrategia económica de sus autoridades, un gran número de *corporations* se constituyen en el Estado de Delaware. Concretamente, más de la mitad de las sociedades que cotizan en la Bolsa de Nueva York están constituidas en ese Estado, que consecuentemente ha desarrollado una importante legislación y jurisprudencia al respecto<sup>1224</sup>.

Pues bien, el Tribunal Supremo de este Estado, en el año 2003, en la sentencia dictada en el caso *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.*<sup>1225</sup> declaraba que los administradores de una sociedad, además de por las obligaciones tradicionales, estaban ligados a ella por ese *duty of good faith*<sup>1226</sup>, que contemplaba pues de manera independiente. Tres años más tarde, el mismo Tribunal en *In re Walt Disney Co. Deriv. Litig.*<sup>1227</sup>, declaraba que este deber de buena fe podía ser vulnerado cuando el administrador actuara con un propósito que no fuera obtener lo mejor para la entidad, cuando lo hiciera con la intención de violar las normas o cuando actuara con claro desprecio de sus deberes como tal<sup>1228</sup>.

---

<sup>1222</sup>Véase Strine, Leo E. Jr., Hamermesh, Lawrence A., Balotti R. Franklin y Gorris, Jeffrey M., «Loyalty's Core Demand: The Defining Role of Good Faith in Corporation Law», 98 *Geo. L.J.* 629 (2010).

La propuesta del *Model Business Corporation Act* podría amparar cualquiera de estas posiciones, puesto que si bien contempla de manera independiente la obligación de que los administradores actúen de buena fe, simultáneamente, reconoce que esta obligación enmarca, en realidad, el cumplimiento del resto de los deberes, por lo que frecuentemente el incumplimiento de cualquiera de ellos supondrá también una actuación contraria a las reglas de la buena fe. Véanse las secciones 8.30 y 8.31 del texto y los comentarios a ambas.

<sup>1223</sup>Véase, Bruner, Christopher M., «Is the Corporate Director's Duty of Care a "Fiduciary Duty? Does it Matter?», 48 *Wake Forest L. Rev.* 1027 (2013); Strine, Leo E. Jr., Hamermesh, Lawrence A., Balotti R. Franklin, Gorris, Jeffrey M., «Loyalty's Core...», cit.; Eisenberg, Melvin A., «The Duty of Good Faith...», cit.; Gold, Andrew, «The New Concept of Loyalty in Corporate Law» 43 *U.C Davis L. Review* 457 (2009); Bainbridge, Stephen M., Lopez, Star y Oklan, Benjamin, «The Convergence of Good Faith and Oversight», 55 *UCLA L. Rev.* 559 (2008).

<sup>1224</sup> Véase, Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. 2; También, Bainbridge, Stephen M., *Corporate Law*, cit., p. 9; y Harris, Lee, *Mastering Corporations and other Business Entities*, cit., p. p. 101-102

<sup>1225</sup>*Cede & Co. v. Technicolor Inc.*, 634 A.2d 345 (Del. 1993).

<sup>1226</sup>Véase, Bainbridge, Stephen M., Lopez, Star y Oklan, Benjamin, «The Convergence of Good Faith ...», cit., p. p. 564-566; también Strine, Leo E. Jr., Hamermesh, Lawrence A., Balotti, R. Franklin, Gorris, Jeffrey M., «Loyalty's Core...», cit., p. p. 631-632.

<sup>1227</sup>*In re Walt Disney Co. Deriv. Litig.*, 906 A.2d 27 (Del. 2006).

<sup>1228</sup>Señalaba en este sentido el Tribunal: «A failure to act in good faith may be shown, for instance, where the fiduciary intentionally acts with a purpose other than that of advancing the best interests of the corporation, where the fiduciary acts with the intent to violate applicable positive law, or where the fiduciary intentionally fails to act in the

Esta última sentencia, así como la dictada por el Tribunal Supremo del Estado, en *In re Caremark Int'l Deriv. Litig*<sup>1229</sup>, se citaban, a su vez, en la sentencia del año 2006, en el caso *Stone ex rel. AmSouth Bancorporation v. Ritte*<sup>1230</sup>, donde dicho órgano, releendo su propia doctrina y analizando su evolución, concluía sin embargo que esa obligación de actuar conforme a la buena fe estaba comprendido en realidad en el deber de lealtad hacia la entidad. De esta manera, el incumplimiento de este no solo comprendería los supuestos en los que existe un conflicto de intereses, económico o de otro tipo, entre la entidad y su administrador, sino también aquellos supuestos en los que la lealtad falla porque no se actuó de buena fe. Un administrador, dice el Tribunal, citándose asimismo, no puede ser leal a la entidad a menos que actúe de buena fe y creyendo que sus acciones benefician a la entidad.

### **3. Business Judgment Rule**

Si un administrador incumple cualquier de los deberes que hemos analizado y causa un daño a la entidad quedará sujeto a la correspondiente responsabilidad, que podrá ser exigida por los accionistas a través de una *derivative suit*.

Ahora bien, la existencia de tal responsabilidad y, por tanto, la conclusión de que se vulneraron el deber de cuidado y de lealtad y, en su caso, el deber de buena fe que debe inspirar la actuación de los administradores, estará siempre condicionada por la denominada *Business Judgment Rule*. Según esta regla, se presume que los administradores toman sus decisiones debidamente informados, de buena fe y en la creencia de que su actuación beneficiará a los intereses de la entidad<sup>1231</sup>.

Esta presunción, que garantiza que las decisiones de los administradores no serán revisadas y modificadas por los Tribunales cuando respondan a un *rational business purpose* y que corresponde refutar a los demandantes, actúa tanto como regla de Derecho sustantivo, como imponiendo determinados requisitos procesales relacionados con la práctica de la

---

face of a known duty to act, demonstrating a conscious disregard for his duties. There may be other examples of bad faith yet to be proven or alleged, but these three are the most salient».

<sup>1229</sup>*In re Caremark Int'l Inc. Deriv. Litig.*, 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996).

<sup>1230</sup>*Stone ex rel. AmSouth Bancorporation v. Ritte*, 911 A.2d 362 (Del. 2006).

<sup>1231</sup>En este sentido, Radin, Stephen A., *The Judgment Business Rule. Fiduciary Duties of Corporate Directors.*, cit., vol.1, p. p. 40-53; Brodsky, Edward y Adamski, Patricia, *Law of Corporate Officer and Directors. Rights, Duties and Liabilities*, cit., p. 39. También, Palmiter, Alan S., *Corporations*, cit., p. p 245-256; Johnson, Lyman, «Unsettledness in Delaware Corporation Law: Business Judgment Rule, Corporate Purpose», 38 *Del. J. Corp. L.* 405 (2013), p. 411.

prueba<sup>1232</sup>. Así, de conformidad con la Jurisprudencia, se entenderá, de ordinario, que una determinada decisión responde a ese *rational purpose*, cuando: se haya tomado siguiendo el procedimiento establecido para ello; se haya actuado además de buena fe, esto es, no persiguiendo intereses ajenos a la entidad, por ejemplo, intereses personales; se haya tenido en cuenta toda la información disponible al respecto; y, por último, se haya creído racionalmente que la decisión tomada era beneficiosa para la entidad<sup>1233</sup>. Sobre este último extremo debe destacarse que lo que debe ser *rational*, que no *reasonable*, no es la decisión en sí, sino la creencia del administrador de que la misma redundará en beneficio de la entidad<sup>1234</sup>.

#### 4. En particular, el control sobre las retribuciones de los administradores

El deber de lealtad que los administradores tienen frente a la entidad le obliga a perseguir el bien y los intereses de esta última y de sus accionistas, y no los suyos propios, evitando así cualquier tipo de conflicto entre unos y otros en la toma de decisiones.

Así entendido, este deber de lealtad tiene múltiples manifestaciones<sup>1235</sup>. La primera y más clara es la necesidad de dar un tratamiento adecuado a las denominadas *self-dealing transactions*, esto es, a aquellas operaciones o transacciones en las que el administrador tenga un interés personal que pueda ser opuesto al de la entidad. Si ello ocurre, será necesario que la existencia de este conflicto de intereses sea comunicado debidamente, para que así entren en funcionamiento las disposiciones que se pueden encontrar en la mayoría de las legislaciones estatales para resolver estos problemas. Si no se produce esta comunicación o no funcionan debidamente los mecanismos existentes para resolver el conflicto, la decisión en cuestión podrá ser impugnada ante los Tribunales y dar lugar a las correspondientes compensaciones<sup>1236</sup>.

---

<sup>1232</sup>Véanse los comentarios a la sección 8.31 del subchapter c, del capítulo 8 del *Model Business Corporation Act*. También, Radin, Stephen A., *The Judgment Business Rule. Fiduciary Duties of Corporate Directors.*, cit., vol.1, p. p. 53-86; Palmiter, Alan S., *Corporations*, cit., p. p. 248- 261.

<sup>1233</sup>Véase, Emanuel, Stevens L., *Corporations*, cit., p. p. 182-188.

El nuevo artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital, introducido por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre incorpora a nuestro ordenamiento una regla similar al disponer: «En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado».

<sup>1234</sup>Emanuel, Stevens L., *Corporations*, cit., p. 188.

<sup>1235</sup>Sobre el contenido de este derecho, véase, Brodsky, Edward y Adamski, Patricia, *Law of Corporate Officer and Directors. Rights, Duties and Liabilities*, p. p. 83-148; Radin, Stephen A., *The Judgment Business Rule. Fiduciary Duties of Corporate Directors.*, cit., vol.1, p. p. 787-1122; Cox, James D. y Hazen, Thomas Lee, *Corporation Law*, cit., p. p. 179-195; Bainbridge, Stephen M., *Corporate Law*, cit., p. p. 141-166.

<sup>1236</sup>Véase Cox, James D. y Hazen, Thomas Lee, *Corporation Law*, cit., p. p. 179-195; Emanuel, Stevens L., *Corporations*, cit., p. p. 197-213

Pues bien, un supuesto concreto en el que puede estar presente este tipo de conflictos es el relacionado con la fijación de las retribuciones de los administradores *-executive compensation-*, cualquiera que sea la forma que adopten (salarios, *bonus*, fondos de pensiones...), cuando sus beneficiarios han tomado parte en la decisión que las fija. En estos casos, para disminuir las probabilidades de éxito de cualquier impugnación, será necesario que la decisión haya sido aprobada por una mayoría que no ostente esa condición de beneficiario o bien que, posteriormente, sea ratificada por los accionistas<sup>1237</sup>.

Ahora bien, aun en estos casos, las retribuciones de los consejeros y altos cargos podrán ser revocadas por los Tribunales si fueran excesivas o irracionales. Esto ocurrirá, no obstante en pocos casos, y normalmente sólo en aquellos supuestos en los que se concluya que la remuneración fijada es tan excesiva que supone un «*waste*». Lo que sucederá cuando la decisión tomada sobre el particular pueda ser calificada de irracional o contraria a la buena fe<sup>1238</sup>.

En este punto resulta especialmente interesante que volvamos -por unos instantes- al Derecho federal, y concretamente a la normativa impuesta para prevenir los abusos en las retribuciones de los altos ejecutivos de las compañías.

Efectivamente, sin perjuicio de que la fijación de unas retribuciones excesivas pueda ser objeto de control por los accionistas, alegando que la misma implica una vulneración del *duty of royalty*, las obligaciones al respecto establecidas por el Derecho federal merecen especial atención.

Junto a factores tales como la desregularización de la actividad financiera y la inactividad de los organismos reguladores, el sistema de retribuciones y compensaciones que algunas empresas habían establecido para sus directivos, frecuentemente en forma de *bonus*, también jugó un papel esencial en la crisis financiera de principios de siglo, porque fomentó la búsqueda del rendimiento a corto plazo y con él la toma de decisiones arriesgadas que, aunque podían

---

<sup>1237</sup>Véase, Branson Douglas M., *Understading Corporate Law*, cit., p. p. 261-264. También, Emanuel, Stevens L., *Corporations*, cit., p. p. 213- 219.

<sup>1238</sup>Emanuel, Stevens L., *Corporations*, cit., p. p. 217-218. Branson, Douglas M., *Understading Corporate Law*, cit., p. p. 262-264.



reportar altos rendimientos en ese corto plazo, a la larga perjudicaron la estabilidad y salud financiera de las compañías<sup>1239</sup>.

Este hecho, unido a la alarma social generada por la circunstancia de que muchos de los directivos de las compañías que quebraron entonces habían disfrutado durante años de retribuciones desorbitadas, condujo a que la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Dodd-Frank Act)* de 2010, aprobada para atajar los problemas que habían estado en el origen de la crisis, regulara esta cuestión, tratando así de trasladar, también a este campo, esa búsqueda de la claridad y transparencia que inspira todo su articulado <sup>1240</sup>.

De los distintos aspectos que se regulan nos centraremos en dos: la «say on pay» *provision*, que prevé que los accionistas deban pronunciarse expresamente, aunque a través de un voto no vinculante, sobre las retribuciones de los administradores, así como sobre los conocidos como «golden parachutes»; y la «clawback provision», que prevé que los administradores tenga que devolver, en determinadas situaciones, las retribuciones recibidas.

Comenzando por esta última previsión, de conformidad con la sección 954 de la *Dodd-Frank Act*, cuando una compañía que cotice en bolsa deba presentar una modificación en sus

---

<sup>1239</sup>Véase, Gallogly, Terrance, «Enforcing the Clawback Provision: Preventing the Evasion of Liability under Section 954 of the Dodd-Frank Act», 42 *Seton Hall L. Rev.* 1229 (2012), p. p. 1232-1233. En este sentido, y en general sobre todos los factores que condujeron a la crisis económica y financiera que sufrió Estados Unidos en los primeros años de este siglo, resultan muy interesantes las consideraciones realizadas en el informe elaborado por la *Financial Crisis Inquiry Commission*, constituida, precisamente, para examinar las causas de esta crisis. Las principales conclusiones generales alcanzadas en dicho informe fueron, en síntesis, las siguientes: la crisis fue evitable; los fallos generalizados en el sistema de regulación y supervisión de las instituciones financieras tuvo un efecto devastador en la estabilidad de los mercados; existieron graves deficiencias en el gobierno de las entidades y en el control del riesgo asumido por sus directivos; jugaron un papel importante el crédito excesivo, las inversiones arriesgadas y la falta de transparencia en el sistema financiero; el Gobierno no estaba debidamente preparado para la crisis y su respuesta inadecuada contribuyó a la inseguridad y al pánico de los mercados; existió asimismo una falta absoluta de responsabilidad y de ética en los mercados (disponible en <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/GPO-FCIC/pdf/GPO-FCIC.pdf>).

<sup>1240</sup>La cuestión de las retribuciones de los directivos, antes de esta norma, ya había sido objeto de atención por parte del poder público. La *Securities Act* de 1933 y la *Exchange Act* de 1934 exigieron en su momento que estas retribuciones fueran públicas, aunque los inversores pusieron de manifiesto la falta de transparencia en su fijación, particularmente cuando fue aumentando no solo su importe, sino también la complejidad en su determinación. La SEC, por su parte, en el año 2006, había publicado normas al respecto, pero estas tampoco contentaron a los inversores; mientras el Congreso y el público en general continuaban teniendo la sensación de que las retribuciones de los directivos eran claramente excesivas. Asimismo, tras la crisis financiera, para las instituciones que precisaron y recibieron fondos públicos, se establecieron importantes limitaciones en las retribuciones de sus directivos. La *Emergency Economic Stabilization Act* de 2008, que creó el llamado *Troubled Asset Relief Program*, permitió la concesión de estas ayudas, pero otorgó al Departamento del Tesoro importantes poderes en este campo, entre ellos, el de limitar cualquier gasto que se considera lujoso, el de prohibir los «golden parachutes» o, como hemos dicho, el de limitar el importe de las retribuciones de los directivos hasta que las ayudas fueran devueltas. En el año 2009, la SEC publicó nuevas normas para facilitar más información a los accionistas sobre este extremo. Véase, Pagnattaro, Marisa A. y Greene, Stephanie, «"Say on Pay": The Movement to Reform Executive Compensation in the United States and European Union», 31 *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 593 (2011), p. p. 599-601.

estados financieros, por no haber cumplido en su elaboración con la normativa correspondiente, reclamará a sus directivos –*executive officers*–, tanto actuales como anteriores, aquellas retribuciones que, durante los tres años anteriores a la fecha en la que se requiera la rectificación, hubieran recibido indebidamente con base en los datos «erróneos» que deban ser modificados. Es a la SEC, por otro lado, de acuerdo con esta norma, a la que corresponde concretar estas disposiciones<sup>1241</sup>.

La sección 954 de la *Dodd-Frank Act* no es una novedad. Una disposición similar había sido incluida en la *Sarbanes-Oxley Act* de 2002 –sección 304–, que continúa en vigor. Sin embargo difiere de las previsiones de esta última, entre otros, en los siguientes extremos: permite que la acción correspondiente se ejerza por la empresa, frente a las previsiones de la ley del 2002, que solo atribuía esta capacidad a la SEC, que hizo uso de la misma en pocas ocasiones; no exige que la rectificación de los estados financieros tenga su origen en algún tipo de mala praxis –*misconduct*–<sup>1242</sup>; y amplía el círculo de directivos afectados, incluyendo a estos efectos a todos los *executive officers* y no solo al *chief executive officer* –CEO– y al *chief financial officer*– CFO–<sup>1243</sup>

Respecto a la «say on pay» *provision*, la sección 951 de la *Dodd- Frank Act* prevé que se someta a la consideración de los accionistas, que emitirán al respecto un voto no vinculante<sup>1244</sup>, tanto las retribuciones de los ejecutivos de la firma – *executive compensation*– , lo

---

<sup>1241</sup>Veáse, Gallogly, Terrance, «Enforcing the Clawback Provision...», cit., p. p. 1238-1240. También, Fried, Jesse y Shilon, Nitzan, «Excess-Pay Clawbacks», 36 *J. Corp. L.* 721 (2011), p. 745.

<sup>1242</sup>Si el texto de la sección 954 de la *Dodd-Frank Act* atribuye la necesidad de rectificar los estados financieros al «material non compliance of the issuer with any financial reporting requirement under the securities laws», la sección 304 de la *Sarbanes-Oxley Act* lo hace al hecho de que la entidad «is required to prepare an accounting restatement as a result of misconduct».

<sup>1243</sup>Veáse, Gallogly, Terrance, «Enforcing the Clawback Provision...», cit., p. p. 1242-1243; también, Fried, Jesse y Shilon, Nitzan, «Excess-Pay ...», cit., p. p. 745-746. En estos trabajos se examina asimismo la convivencia y relación entre ambas normas. Veáse, Gallogly, Terrance, «Enforcing the Clawback Provision...», cit., p. p. 1243-1244; y Fried, Jesse y Shilon, Nitzan, «Excess-Pay...», cit., p. p. 746-750. La sección 304 de la *Sarbanes-Oxley Act* de 2002 generó un rico debate sobre si el CEO o CFA, frente al que se instaba la restitución, debía o no estar implicado en la *misconduct* que había generado la necesidad de rectificar los estados financieros de la compañía, y sobre qué tipo de conductas debían incluirse en el término *misconduct*. Al respecto, y en general sobre la aplicación de esta norma, véase, Brye, Daniel R., «The Culpability of Corporate Officer under the Clawback Provision of Sarbanes-Oxley in a post-Jenkins world», 12 *J. Bus. & Sec. L.* 1 (2011-2012). En este trabajo se analiza la respuesta negativa que a la primera de estas cuestiones se dio por un Tribunal de Arizona en el caso *Securities and Exchange Commission v. Maynard L. Jenkins*, 718 F. Supp. 2d 1070 (D. Ariz. 2010). Efectivamente, en dicha resolución el Tribunal, después de realizar un estudio detallado de la historia y finalidad de la norma, concluyó que la devolución de las retribuciones indebidamente recibidas era posible, aún cuando el CEO o CFA frente a la que se pretendía no hubiera intervenido en la conducta irregular de que se tratase o incluso no tuvieran conocimiento de ello.

<sup>1244</sup>Por esta razón, el voto de los accionistas no podrá dejar sin efecto la decisión de la compañía o del Consejo de Administración, ni crear o modificar los *fiduciary duties* de una y otros. Huddleston, Tyler, «Say on Pay in the

que deberá hacerse cada cierto tiempo, dentro de los márgenes al respecto establecidos en la norma; como los llamados «*golden parachutes*» que, en su condición de compensaciones fijadas para los directivos de la compañía en caso de operaciones de adquisición, fusión o similares, que impliquen un cambio en el control de la compañía, deberán ser sometidas a la consideración de los accionistas cada vez que se someta a su aprobación una de estas operaciones<sup>1245</sup>.

La SEC publicó el 25 de enero de 2011, con vigencia a partir de abril del mismo año, las normas que desarrollan y concretan las previsiones de la sección 951<sup>1246</sup>. Así, respecto al sistema retributivo, en general, se regulan aspectos tales como: la obligación de someterlo a la consideración de los accionistas, al menos una vez cada tres años; la información que, previamente a la votación, debe ser facilitada a los mismos, que incluirá en todo caso el denominado *CD&A -Compensation Discussion and Analysis-*, esto es, el documento de la compañía en la que esta detalla su política para la retribución de sus directivos; o las disposiciones aplicables a aquellas empresas que haya recibido fondos públicos.

En cuanto a los *golden parachutes*, la SEC regula con detalle, particularmente, la forma en la que la entidad debe desglosar los distintos conceptos incluidos en cualquier indemnización de este tipo, que deberá hacerse además de forma individual para cada *executive officer* que sea beneficiario de la misma. También incluye algunas excepciones en las que no será necesario que los accionistas se pronuncien de forma separada al respecto.

Al margen de las disposiciones señaladas, respecto a los *golden parachutes*, han de tenerse también muy en cuenta las disposiciones incluidas en el *Internal Revenue Code* – Sección 280 (g) y 4999 del Título 26 del *U.S. Code*– que regula su régimen fiscal. Estas disposiciones fueron incluidas por la *Deficit Reduction Act* de 1984, que trató de atajar los abusos en el este campo, agravando el tratamiento fiscal de este tipo de indemnizaciones. Debíó valorar a estos efectos el legislador que la excesiva generosidad de este tipo de indemnizaciones podía conducir a sus beneficiarios a apoyar una operación de fusión, adquisición o similar, fuera o no beneficiosa para los accionistas.

---

Dodd- Frank Act: Implications on the Results in the United Kingdom», 11 *Wash. U. Global Stud. L. Rev.* 483 (2012), p. 492. En el mismo sentido, Thomas, Randall S., Palmiter, Alan R. y Cotter, James F., «Dodd-Frank's on pay: will it lead to a greater role for shareholders in corporate governance?», 97 *Cornell L. Rev.* 1213 (2012), p. 1224.

<sup>1245</sup>Véase, Pagnattaro, Marisa A. y Greene, Stephanie, «"Say on Pay": The Movement to Reform Executive Compensation...», cit., p. 602.

<sup>1246</sup>Puede consultarse en <http://www.sec.gov/rules/final.shtml>.

Concretamente, estas disposiciones fijan un máximo para que las indemnizaciones - *parachute payment*- no sean calificadas de excesivas -*excess parachute payment*-, porque si lo son, su régimen fiscal se agrava considerablemente, tanto para la entidad como para la persona que las recibe.

Así, define este tipo de pagos como aquellos abonados a un *corporate officer* como consecuencia del cambio de control o propiedad de una sociedad, y dispone que su valor no podrá exceder del triple de lo que su beneficiario haya recibido como retribución durante los cinco años anteriores a la fecha de la operación. Esta cantidad es la que se denomina «*base amount*». Todo lo que exceda de ella tendrá la consideración de *excess parachute payment*, con un régimen fiscal más gravoso, salvo que su beneficiario acredite, de una manera clara y convincente, que corresponde a una *reasonable compensation* por los servicios prestados antes o después de la adquisición o fusión de la compañía.

## **II. LA RESPONSABILIDAD POR LAS ACTUACIONES CONTRARIAS A DERECHO. EN ESPECIAL, LA RESPONSABILIDAD FRENTE A LA ENTIDAD POR LOS DELITOS COMETIDOS EN EL SENO DE LA ORGANIZACIÓN**

### **1. *The monitoring of legal compliance risk***

Una de las vías por las que la *Business Judgment Rule* podrá ser refutada, es la acreditación de que los actos de los administradores violaron intencionadamente la ley, y ello aún cuando la decisión en cuestión hubiera sido tomada valorando toda la información disponible y en interés de la compañía<sup>1247</sup>.

En efecto, las violaciones deliberadas del Derecho por parte de los administradores implican una vulneración de sus obligaciones aun cuando fueran provechosas para la

---

<sup>1247</sup>Humbach, John, «Director Liability for Corporate Crimes: Lawyers as Safe Haven?», 55 *N.Y. L. Sch. L. Rev.* 437 (2010-2011), p. 447; Uebler, Thomas, «Shareholder Police Power: Shareholder's Ability to Hold Director Accountable for Intentional Violations of Law», 33 *Del. J. Corp. L.* 199 (2008), p. 207 y p. 214. También, Cox, James D., Hazen y Thomas, Lee, *Corporation Law*, cit., p. 173; Radin, Stephen A., *The Judgment Business Rule. Fiduciary Duties of Corporate Directors*, cit., vol.1, p. p. 378-387. Ya en los años 90, algún autor señalaba que las obligaciones de los *corporate directors* y *officers* eran tres: «the duty to act carefully, the duty to act loyally, and the duty to act lawfully». Véase, Eisenberg, Melvin A., «The Duty of Care of Corporate Directors and Officers», 51 *U. Pitt. L. Rev.* 945 (1990), p. 945; también, Uebler, Thomas, «Shareholder Police Power: Shareholder's Ability...», p. 207.

compañía<sup>1248</sup>. Si fueran constitutivas de delito será así, independientemente de que las mismas sean o no perseguidas<sup>1249</sup>. Y si lo que ocurre es que la acción ilegal es consentida o tolerada por el administrador, el mismo, además de la responsabilidad penal, puede quedar sujeto a responsabilidad civil si dicha acción provocó daños a la entidad<sup>1250</sup>.

En esta línea, para los Tribunales del Estado de Delaware, y según se deriva de las consideraciones que hemos realizado sobre las sentencias dictadas en los casos *Caremark Int'l Deriv. Litig*<sup>1251</sup> o *Stone ex rel. AmSouth Bancorporation v. Ritte*<sup>1252</sup>, una actuación de esta naturaleza sería contraria a la buena fe y, en consecuencia, daría lugar a la responsabilidad de los administradores<sup>1253</sup>.

No faltan voces sin embargo que, en nombre de la eficiencia, han defendido que si la infracción del Derecho supuso beneficios para la entidad, sus administradores deberían quedar exentos de responsabilidad, porque su decisión, según los parámetros que permiten evaluarla, sería *rational*. Se trataría de aplicar en este ámbito la regla de los contratos civiles conocida como *the theory of efficient breach in the law of contracts*, según la cual si es menos costoso violar el contrato y pagar los daños que cumplirlo, lo que hay que hacer es no cumplirlo y pagar esos daños, porque de otra manera se estarían desperdiciando recursos<sup>1254</sup>.

En el mismo sentido se pronuncian los defensores de la denominada *New York Net Loss Rule*, según la cual los daños que los administradores deberían reembolsar a la entidad por las multas y penas que le hayan sido impuestas, deberían ser reducidos en función de los beneficios que la conducta ilegal haya reportado a la misma<sup>1255</sup>.

Ninguna de estas dos posiciones ha tenido acogida por los Tribunales que, como hemos dicho, consideran que los administradores deben responder por los daños causados a la entidad

---

<sup>1248</sup>Hill, Claire A. y McDonnell, Brett H., «Reconsidering Board Oversight Duties after the Financial Crisis», 2013 U. Ill. L. Rev. 859 (2013), p. 863. También, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 13.4 (versión electrónica).

<sup>1249</sup>Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 13.4 (versión electrónica).

<sup>1250</sup>Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 13.4 (versión electrónica).

<sup>1251</sup>*In re Caremark Int'l Inc. Deriv. Litig.*, 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996).

<sup>1252</sup>*Stone ex rel. AmSouth Bancorporation v. Ritte*, 911 A.2d 362 (Del. 2006). En el mismo sentido, la sentencia dictada en *In re Walt Disney Co. Derivative Litigation* 906 A.2d 27 (2006).

<sup>1253</sup>Bainbridge, Stephen M., Lopez, Star y Oklan, Benjamin, «The Convergence of Good Faith ...», cit., p. 594.

<sup>1254</sup>Humbach, John, «Director Liability for Corporate...», cit., p. 439.

<sup>1255</sup>Humbach, John, «Director Liability for Corporate...», cit., p. 440.

como consecuencia de aquellas decisiones que incumplan la ley, incluyendo, por supuesto, a estos efectos, aquellas que sean constitutivas de delito.

Pero aún podemos dar un paso más y plantearnos qué ocurre si los que han cometido un delito o, en general, han violado las normas, no son propiamente los administradores, a través de las decisiones que les corresponden, sino algunos de los empleados de la entidad, dando lugar a que esta última haya sido sancionada civil o penalmente. ¿Podrán los accionistas ejercer acciones contra los administradores por los daños económicos que estas sanciones haya provocado a la entidad?

En este punto, hemos de retornar, como lo hace la doctrina, a la jurisprudencia de los Tribunales del Estado de Delaware, y concretamente a las sentencias dictadas en *In re Caremark Int'l Deriv. Litig Stone ex rel. AmSouth Bancorporation v. Ritte*<sup>1256</sup>, donde se analiza esta cuestión.

Varias son las ideas básicas que se infiere del examen de estas resoluciones. Serían las siguientes:

a) Los administradores tienen la obligación de supervisar que los miembros de su organización cumplen la ley, con el alcance que luego precisaremos.

b) El hecho de que los empleados de la entidad hayan incumplido las normas y cometido actos ilícitos, que hayan conducido a la condena civil o penal de la misma, no implica automáticamente que los administradores deban responder ante los accionistas. Esta realidad no supone por sí que estos hayan actuado de mala fe en el ejercicio de su deber de supervisión o control.

c) Ahora bien, se apreciaría el incumplimiento de este deber si los administradores ignoraron señales claras -*red flags*- de que estas infracciones se estaban cometiendo.

d) Si estas *red flags* no existieron, para concluir si existió o no mala fe en el ejercicio de las facultades de supervisión de los administradores, que daría lugar a su responsabilidad, lo determinante no será que un empleado concreto haya cometido una infracción y, provocado así

---

<sup>1256</sup>*Stone ex rel. AmSouth Bancorporation v. Ritte*, 911 A.2d 362 (Del. 2006).

un efecto adverso sobre la entidad, sino si los administradores se aseguraron tanto de dotar a la entidad con un adecuado sistema de información y dación de cuenta para detectar las infracciones cometidas, como de supervisar en consecuencia su correcto funcionamiento<sup>1257</sup>. Esta es la clave: los administradores serán responsables frente a la entidad, por el daño producido por los actos ilícitos cometidos por sus empleados, cuando incumplan la obligación que les compete de controlar el adecuado funcionamiento de los programas de cumplimiento normativo implementados en la organización. Estos son los márgenes de su deber de supervisión en este campo<sup>1258</sup>.

Veamos cómo el Tribunal aplicó esta doctrina en *Stone ex rel. AmSouth Bancorporation v. Ritte*.

*AmSouth Bancorporation* era una *corporation*, constituida en el Estado de *Delaware*, cuya sede central estaba en el Estado de *Alabama*. Por su parte *AmSouth Bank*, era una de sus entidades filiales, de la que era único titular. Esta última tenía unas 600 sucursales bancarias en seis estados del sudeste de los Estados Unidos y empleaba a más de 11.600 personas.

En el año 2004, *AmSouth Bancorporation* y *Amsouth Bank* fueron condenadas, en distintos procedimientos civiles y penales, a pagar más de 50 millones de dólares en multas y otras sanciones, porque algunos de sus empleados habían incumplido varias disposiciones de la *Federal Secrecy Act*, así como otras incluidas en la normativa antiblanqueo –*anti-money-laundering regulations* (AML)- al no comunicar debidamente a las autoridades competentes la existencia de ciertas operaciones sospechosas<sup>1259</sup>.

---

<sup>1257</sup>El Tribunal, en la primera de las resoluciones citadas, declara: «(...)only a sustained or systematic failure of the board to exercise oversight—such as an utter failure to attempt to assure a reasonable information and reporting system exists—will establish the lack of good faith that is a necessary condition to liability».

<sup>1258</sup>En general, al respecto, véase, Radin, Stephen A., *The Judgment Business Rule. Fiduciary Duties of Corporate Directors*, cit., vol.1, p. p. 534-568; Brodsky, Edward y Adamski, Patricia, *Law of Corporate Officer and Directors. Rights, Duties and Liabilities*, p. p. 72-78. También, Goodman, Amy L., Schwartz, Bar y Haas, Steven M., *Corporate Governance: Law and Practice*, cit., 4.03 (versión electrónica); y Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 13.4 (versión electrónica).

<sup>1259</sup>De conformidad con la *Federal Bank Secrecy Act* y la normativa que la desarrolla, las entidades bancarias están obligadas a comunicar a un organismo dependientes del Departamento del Tesoro y conocido como «FinCEN», y a través de una comunicación denominada *Suspicious Activity Report* (conocida como SAR), todas aquellas transacciones, con un importe mínimo de 5.000 dólares, cuando sospechen que los fondos objeto de las mismas derivan de un actividad ilícita o que la transacción en sí tiene como finalidad ocultar fondos de esta naturaleza.

Las investigaciones comenzaron tras descubrirse la estafa protagonizada por un abogado y un asesor financiero, que habían convencido a más de cuarenta personas para que invirtieran en unos supuestos pagarés, a cambio de una alta rentabilidad. En ejecución de su plan, contactaron con una sucursal de *AmSouth* para abrir una serie de cuentas bancarias en las que depositar el dinero recibido de sus «inversores», haciendo creer a sus empleados que tales «inversores» formaban parte de una *business venture* para construir varias clínicas médicas. Creyendo esta afirmación, los empleados de la sucursal procedieron a abrir dichas cuentas y, siguiendo las instrucciones que le fueron facilitadas, abonaban a sus titulares, los inversores, una determinada cantidad mensual en concepto de interés, la cual los propios organizadores de la trama, que nunca realizaron las inversiones prometidas, les facilitaban mediante cheque. El engaño se descubrió en el año 2002, y sus promotores, además de ser objeto de varias acciones civiles, fueron acusados y condenados finalmente por varios delitos.

En noviembre del año siguiente la Fiscalía anunció que iniciaría una investigación penal contra la entidad bancaria, que finalmente culminó en un *deferred prosecution agreement*, en virtud del cual el banco se obligaba a pagar más de 40 millones de dólares de multa. Este acuerdo fue acompañado por la emisión por la Fiscalía, de conformidad con la entidad investigada, de un *statement of facts*, según el cual, en el año 2000, al menos uno de los empleados de la entidad había sospechado que el dinero que se estaba ingresando en la entidad podía proceder de una actividad ilegal y, sin embargo, no lo comunicó debidamente. Ni en el acuerdo ni en el citado *statement of facts* se hacía referencia alguna a una posible responsabilidad del Consejo de administración de la entidad o de un alguno de sus administradores.

Además del acuerdo alcanzado en vía penal, la entidad fue demandada civilmente; como fue requerida por las autoridades competentes para mejorar su protocolo de prevención contra el blanqueo de capitales, a cuyo fin hubo de contratar un consultor externo.

En este escenario, ante las sanciones penales y civiles a las que tuvo que hacer frente la entidad, varios de sus accionistas entablaron una *derivative action* contra sus administradores, alegando que había sido su actuación la que había dado lugar a que fuera condenada y sancionada. Según estos accionistas, los administradores habían actuado de mala fe al no poner



en funcionamiento políticas y procedimientos para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la normativa sobre blanqueo que había sido infringida por la entidad.

La demanda fue desestimada en primera instancia por *The Court of Chancery* del Estado de Delaware y el 6 de noviembre de 2006, el Tribunal Supremo del Estado confirmaba esta decisión.

Para el Tribunal, los informes de la entidad *KPMG*, que fue la consultora designada en su momento para mejorar el programa de *compliance* de la entidad bancaria, refutaban la afirmación de los demandantes relativa a la supuesta mala fe de los administradores. En dichos informes quedó reflejado que el Consejo de administración de la entidad, por un lado, aprobó políticas y procedimientos para cumplir con las exigencias de la normativa infringida, delegando en ciertos empleados y departamentos la responsabilidad de velar por su cumplimiento, así como por la realización, en su caso, de los *Suspicious Activity Report (SAR)*; y por otro, que supervisó los informes periódicos que unos y otros les remitieron. Pudieron existir fallos, según el Tribunal, en la comunicación al Consejo de posibles deficiencias, pero estos serían imputables a quienes los cometeron y no debían implicar la responsabilidad personal de los miembros del órgano de administración. Según el Tribunal, en las pretensiones de los demandantes existía una laguna porque el hecho de que los administradores ejercieran de buena fe sus responsabilidades de supervisión, como fue el caso, no podía, sin embargo, evitar que sus empleados cometieran delitos, provocaran que la entidad incurriera en responsabilidades financieras o ambas cosas. En ausencia de *red flags* que advirtieran a los administradores que se estaba cometiendo alguna actividad ilícita, y que no existieron en este supuesto, la existencia o no de buena fe en el ejercicio de las facultades de supervisión debía valorarse en función de las acciones ejercidas por los administradores para asegurar la existencia de un adecuado sistema de información y dación de cuenta, y no en función de la conducta de un empleado de la que se derivara finalmente un efecto adverso<sup>1260</sup>.

---

<sup>1260</sup> Declara expresamente el Tribunal: «The lacuna in the plaintiffs' argument is a failure to recognize that the directors' good faith exercise of oversight responsibility may not invariably prevent employees from violating criminal laws, or from causing the corporation to incur significant financial liability, or both, as occurred in *Graham*, *Caremark* and this very case. In the absence of red flags, good faith in the context of oversight must be measured by the directors' actions "to assure a reasonable information and reporting system exists" and not by second-guessing after the occurrence of employee conduct that results in an unintended adverse outcome». Esta decisión que, como dijimos, confirmaba la adoptada por el Tribunal de primera instancia, es por otro lado, según declaró el propio Tribunal, y hemos ya adelantado, coherente con la doctrina establecida en *In re Caremark Int'l Deriv. Litig.* En este último caso, la pretensión de los demandantes se basó en que los administradores de *Caremark* debían haber advertido que ciertos *officers* y empleados estaban involucrados en conductas prohibidas por la ley federal,

En definitiva, los administradores deben velar porque la entidad se dote de los adecuados instrumentos de control para prevenir los actos ilícitos en su seno, entre ellos, los delitos, y cuando tales instrumentos existan, deben igualmente velar por su adecuado funcionamiento, so pena de incurrir en responsabilidades personales por los daños que la comisión de tales hechos causaran a la entidad.

En la era *post-Enron* este *duty of oversight* ha alcanzado una importancia fundamental<sup>1261</sup>. Las acciones de los administradores se vigilan cuidadosamente, de manera que la demanda de más información y de procedimientos que se la hagan llegar adecuadamente han aumentado considerablemente<sup>1262</sup>. Esta obligación de supervisión, por otro lado, se ha visto reforzada por las exigencias impuestas para las sociedades que cotizan en el *New York Stock Exchange*; entre ellas la de tener un *audit committe* que apoye a los administradores en el cumplimiento de su obligación<sup>1263</sup>.

Cabe indicar asimismo, que este deber de supervisión es susceptible de delegación; una delegación que deberá llevarse a cabo cumpliendo el deber de cuidado que, con carácter general, les es exigible a los administradores en el ejercicio de cualquier actividad y que no debe implicar una auténtica abdicación de las obligaciones que les correspondan<sup>1264</sup>. Es posible igualmente que, en su ejercicio, se confíe razonablemente en el actuar de otros, siempre que esa confianza se ejerza debidamente<sup>1265</sup>.

## **2. La responsabilidad por las pérdidas derivadas de decisiones arriesgadas. *Duty to monitor general business risk***

El examen de las resoluciones citadas en el apartado anterior y, particularmente, de la obligación de supervisión que se impone a los administradores sobre el cumplimiento de la ley por los miembros de la organización, ha planteado la cuestión de si dicha obligación debe

---

relacionadas con la realización a terceros de pagos ilícitos, a cambio de prescribir medicamentos o tratamientos médicos facilitados por dicha entidad, y que también dio lugar a que la entidad fuera condenada penal y civilmente.

<sup>1261</sup>Goodman, Amy L., Schwartz, Bar y Haas, Steven M., *Corporate Governance: Law and Practice*, cit., 4.03 (versión electrónica).

<sup>1262</sup>Goodman, Amy L., Schwartz, Bar y Haas, Steven M., *Corporate Governance: Law and Practice*, cit., 4.03 (versión electrónica).

<sup>1263</sup>Goodman, Amy L., Schwartz, Bar y Haas, Steven M., *Corporate Governance: Law and Practice*, cit., 4.03 (versión electrónica).

<sup>1264</sup>Véase, Radin, Stephen A., *The Judgment Business Rule. Fiduciary Duties of Corporate Directors.*, cit., vol.1, p. p. 643-672, con una extensa citación de casos.

<sup>1265</sup>Véase, Radin, Stephen A., *The Judgment Business Rule. Fiduciary Duties of Corporate Directors.*, cit., vol.1, p. p. 602- 643, con una extensa citación de casos.

extenderse también a determinadas actuaciones, que si no ilegales sí son altamente arriesgadas<sup>1266</sup>.

Para algunos autores<sup>1267</sup> no hay razón doctrinal alguna para que los principios del caso *Caremark* dejen de aplicarse cuando las pérdidas de las compañías tengan su origen no en el incumplimiento de la ley, sino en una relajación o un inadecuado funcionamiento de los sistemas de control del riesgo, que puede estar presente en determinadas decisiones u operaciones.

Hasta el momento, esta posibilidad ha sido rechazada por los Tribunales.

Concretamente, lo fue por los Tribunales de Delaware en el caso *In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation*<sup>1268</sup>. En este supuesto, los demandantes alegaron que el Consejo de administración de la entidad bancaria había incumplido sus *fiduciary duties*, al no supervisar debidamente el riesgo que dicha entidad había asumido en el mercado de las hipotecas *subprime*, ignorando la señales de alerta que comenzaron a aparecer, principalmente a partir del año 2005. De esta manera, primaron sus beneficios a corto plazo, frente a la viabilidad económica a largo plazo de la entidad<sup>1269</sup>.

Como hemos adelantado, esta pretensión fue desestimada. El Tribunal no reconoció la existencia de un *duty to monitor general business risk*. Sólo cuando hubiera existido una desatención consciente de sus responsabilidades y no, como en el caso de autos, una mera evaluación incorrecta del riesgo asumido, existiría una vulneración de las obligaciones de los administradores<sup>1270</sup>.

---

<sup>1266</sup>En este sentido, véase, Hill, Claire A. y McDonnell, Brett H., «Reconsidering Board Oversight Duties...», cit.; también, Kaal, Wulf A. y Painter, Richard W., «Initial Reflections on an Evolving Standard: Constraints on Risk Taking by Directors and Officers in Germany and the United States», 40 *Seton Hall L. Rev.* 1433 (2010), p. p. 1465-1457; y Bainbridge, Stephen M., «*Caremark* and Enterprise Risk Management», 34 *J. Corp. L.* 967 (2009).

<sup>1267</sup>Bainbridge, Stephen M., «*Caremark* and Enterprise...», cit., p. 968, y p. p. 978- 988.

<sup>1268</sup>*In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation*, 964 A.2d 106 (Del. Ch. 2009).

<sup>1269</sup>Véase, Kaal, Wulf A. y Painter, Richard W., «Initial Reflections on an Evolving Standard: Constraints on Risk...», cit., p. 1466; también, Hill, Claire A. y McDonnell, Brett H., «Reconsidering Board Oversight Duties...», cit., p. 862.

<sup>1270</sup>Véase, Kaal, Wulf A. y Painter, Richard W., «Initial Reflections on an Evolving Standard: Constraints on Risk...», cit., p. 1466; también, Hill, Claire A. y McDonnell, Brett H., «Reconsidering Board Oversight Duties...», cit., p. 862.

Una conclusión similar alcanzó el Tribunal en otro caso, también relacionado con la crisis financiera de principios de siglo, como fue el de *Goldman Sachs Group, Inc. Shareholder Litigation*. En este supuesto, los demandantes también pretendieron que se declarara la responsabilidad personal de los miembros del Consejo de administración de *Goldman Sachs* por, entre otras cuestiones, no valorar debidamente el riesgo que suponían determinados productos financieros -*subprime securities*-. Tampoco en este caso halló el Tribunal ningún elemento que sugiriera que los demandados actuaran de mala fe o que, de cualquier manera, incumplieran sus obligaciones de supervisar el riesgo asumido por la entidad en el ejercicio de su actividad. Los deberes de supervisión, declaró el Tribunal, no están diseñados para que los administradores, aunque sean expertos, respondan personalmente si no predicen el futuro o no evalúan correctamente el riesgo de la actividad.



## PARTE IV. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS POR ALGUNAS INFRACCIONES PENALES CONCRETAS

### CAPÍTULO UNDÉCIMO. RESPONSABILIDAD POR CONSPIRACY

#### I. EL DELITO DE CONSPIRACY

En el Derecho Penal de los Estados Unidos, la conspiración para delinquir –*criminal conspiracy*– esto es, el acuerdo entre dos o más personas para cometer un hecho constitutivo de delito, es una infracción penal en sí misma, independiente del delito que, a través de ella, se pretenda cometer que, de ejecutarse finalmente, no impedirá su castigo. Es, de hecho, una de las infracciones penales por las que más frecuentemente se formula acusación debido a las ventajas procesales y de prueba que conlleva. A ella se refirió el Juez Learned Hand en 1925 como *the darling of the modern prosecutor's nursery*<sup>1271</sup>.

El acuerdo para delinquir, que es el núcleo de este delito, constituye, en palabras del Tribunal Supremo Federal, un *distinct evil*, que merece por sí mismo ser castigado pues, además de implicar la amenaza misma de comisión del delito de que se trate, representa una amenaza para el interés general; y ello porque el concierto sobre el delito hace más probable su comisión y, a la vez, disminuye las probabilidades de que los individuos implicados depongan su conducta criminal<sup>1272</sup>.

El Derecho federal prevé este delito en múltiples leyes<sup>1273</sup>. La disposición 371 del artículo 18 del *U.S. Code*, castiga, con carácter general, la conspiración para cometer un delito contra los Estados Unidos o para defraudar a los Estados Unidos o a cualquiera de sus agencias<sup>1274</sup>. Junto a ella, existen otras disposiciones que prevén el castigo de la conspiración para cometer delitos concretos<sup>1275</sup>.

---

<sup>1271</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit. p. 61. También, Strader, Kelly J., *Understanding White Collar...*, cit., p. 33; LaFave, Wayne R., *Criminal Law*, cit., p. 650. En general, sobre este delito, véase, Strader, Kelly J., *Understanding White Collar...*, cit., p. p. 33-62; Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar ...*, cit. p. p. 61-83; Emanuel, Steven L., *Criminal ...*, cit., p. p. 183-214; Singer, Richard G., La Fond, John Q., *Criminal Law*, 6ª ed., 2013, p. p. 341-388; Dressler, Josua, *Understanding Criminal Law*, cit., p. p. 421-456; LaFave, Wayne R., *Criminal Law*, cit., p. p. 649-699.

<sup>1272</sup>Véase *United States v. Jimenez Recio*, 537 U.S. 270 (2003).

<sup>1273</sup>Strader, Kelly J., *Understanding White Collar...*, cit., p. 34.

<sup>1274</sup>Dice la norma: «If two or more persons conspire either to commit any offense against the United States, or to defraud the United States, or any agency thereof in any manner or for any purpose, and one or more of such persons do any act to effect the object of the conspiracy, each shall be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both. If, however, the offense, the commission of which is the object of the conspiracy, is a misdemeanor

Varios son los elementos que, en todo caso, deben concurrir en esta infracción penal:

1. El acuerdo entre dos o más personas para cometer el acto ilícito, sea expreso o tácito<sup>1276</sup>. Este acuerdo es la esencia de la conspiración<sup>1277</sup> y exige que sus participantes estén de acuerdo en la realización del objetivo criminal, independientemente de cuál sea la actividad concreta que haya sido asignada a cada uno de ellos, que podrá consistir en meras actividades de apoyo a la comisión material del hecho. Es más, una persona puede ser penalmente responsable por un delito de conspiración para delinquir aún cuando no fuera capaz de cometer el hecho delictivo en cuestión<sup>1278</sup>. Tampoco será preciso que los distintos conspiradores se conozcan entre sí. Bastará que conozcan de su existencia<sup>1279</sup>.

Los participantes en el acuerdo deberán ser al menos dos<sup>1280</sup>. La acusación sin embargo podrá dirigirse contra cualquiera de ellos de forma independiente, de la misma manera que, tras la celebración del juicio, los veredictos alcanzados por el Jurado, respecto de cada uno de ellos, pueden diferir<sup>1281</sup>.

Ahora bien, de conformidad con la conocida como *Wharton Rule*, y salvo que el legislador indique lo contrario, cuando para cometer el delito en cuestión fuera preciso la intervención de dos personas y éstas fueran las únicas que hubiera alcanzado dicho acuerdo, estas no podrán ser acusadas de conspiración para delinquir<sup>1282</sup>.

---

only, the punishment for such conspiracy shall not exceed the maximum punishment provided for such misdemeanor».

<sup>1275</sup>Véase, Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar Crime...*, cit., p. 39. La *Sarbanes-Oxley Act*, aprobada, como expusimos en su momento, a raíz de los escándalos financieros protagonizados por entidades como *Enron* o *Worldcom*, incluye una disposición especial sobre el particular, aplicable a determinadas conspiraciones relaciones con ciertos fraudes, entre ellos, los bancarios. Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., p. 62.

<sup>1276</sup>Brickey Kathleen F., *Corporate Criminal...*, cit., p. 202.

<sup>1277</sup>Véase *United States v. Jimenez Recio*, 537 U.S. 270, 275 (2003). También, Strader, Kelly J., *Understanding White Collar...*, cit., p. p. 40-42; Dressler, Josua, *Undestanding Criminal Law*, cit., p. p. 426-430; LaFave, Waine R., *Criminal Law*, cit., p. p. 657-661.

<sup>1278</sup>Véase, *Salinas v. United States*, 522 U.S. 52 (1997).

<sup>1279</sup>Emanuel, Steven L., *Criminal...*, cit., p.187.

<sup>1280</sup>Sobre este presupuesto, «*plurality requirement*», véase Dressler, Josua, *Undestanding Criminal Law*, cit., p. p. 426-437. También, LaFave, Waine R., *Criminal Law*, cit., p. p. 689-693.

<sup>1281</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., p. 62. Sobre los problemas que pueden originarse cuando uno de los supuestos conspiradores es absuelto y otro u otros sin embargo son condenados, y sobre si en estos casos estamos ante un *inconsistent verdicts* (cuestión a la que hicimos referencia cuando explicamos la posibilidad de que un empleado de una persona jurídica fuera absuelto y esta última condenada), véase Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., p. p. 65-66. También Brickey Kathleen F., «Conspiracy, Group Danger and Corporate Defendant», 52 *U. Cin. L. Rev.* 431 (1983), p. p. 443-453.

<sup>1282</sup>En este sentido, Waters, Laura, «Federal Criminal Conspiracy» 49 *Am. Crim. L. Rev.* 739 (2012), p. 744; también Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar Crime...*, cit., p. 46. También sobre esta doctrina, véase,

2. El objetivo. En la actualidad, de conformidad con la mayoría de las leyes que castigan esta infracción penal, la conspiración debe perseguir la comisión de un delito; sin embargo, de conformidad con la definición que de ella hacía el *common law*, la conspiración podía pretender la comisión de un delito o cualquier otro *unlawful purpose*, por ejemplo, un *tort*<sup>1283</sup>.

En este sentido, la regla 371 del Título 18 del *U.S. Code* criminaliza la conspiración para cometer *any offense against United States -offense clause-*, lo que incluiría los ilícitos tanto penales como civiles previstos en cualquier norma federal; y la conspiración *to defraud the United States o its agencies -defraud clause-*<sup>1284</sup>. Esta última, por su parte, ha sido objeto de una interpretación extensiva para convertir en delito, no sólo la conspiración para obtener dinero o ganancias a expensas del Gobierno, sino también para interferir de cualquier otra manera en las funciones que a éste corresponden<sup>1285</sup>.

3. El conocimiento del acuerdo y del delito que se pretende cometer. Los participantes en el acuerdo deben, por supuesto, conocer su existencia y también su objetivo criminal, aunque no conozcan todos sus detalles. Además, si el delito que constituye dicho objetivo exige un

---

Dressler, Josua, *Understanding Criminal Law*, cit., p. p. 453- 456; Singer, Richard G., La Fond, John Q., *Criminal Law*, cit., p. p. 373-374.

Si estamos ante un acuerdo entre sólo dos personas y uno de ellas resultara ser un agente encubierto, algunos Tribunales federales se muestran contrarios a admitir la existencia de conspiración porque, realmente, no existiría ese *meeting of minds* que exige este delito. Otros, sin embargo, se muestran a favor, argumentando que en aquel que cree que está conspirando para cometer un delito y desea cometerlo, concurre el elemento subjetivo necesario para la comisión del delito de conspiración, aún cuando la otra persona no tenga realmente esa intención. Véase al respecto, Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar Crime...*, cit., p. 47, con citación de algún precedente judicial que apoya la primera posición. También, Brickey Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 1, p. 204 y p. 147 del *2012-13 Cumulative Supplement*, que igualmente defiende que no puede existir un delito de conspiración cuando el acuerdo es sólo entre dos personas, y uno de ellos es agente encubierto, citando asimismo distintas sentencias dictadas, en esta línea, por Tribunales Federales. En sentido contrario se pronuncia, Emanuel, Steven L., que entiende que sí es posible la conspiración en estos casos, afirmando, de hecho, que la jurisprudencia más moderna así lo apoya, con citación también de alguna sentencia en este sentido. Este autor, además, a favor de su posición, cita la definición que el *Model Penal Code* realiza del delito de conspiración, que parte, según él, de una visión unilateral del mismo. En esta propuesta, no se define el delito de conspiración como «un acuerdo entre dos o más personas», sino que se declara que será culpable del mismo «quien se ponga de acuerdo con otra o otras personas», definición pues que permitiría castigar a aquel que conspira con un agente encubierto. Véase, Emanuel, Steven L., *Criminal Law*, cit., p. p. 186-187.

<sup>1283</sup>Véase, LaFave, Wayne R., *Criminal Law*, cit., p. p. 672-674. También, Strader, Kelly J., *Understanding White Collar...*, cit., p. 37.

<sup>1284</sup>Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit. p. 67; Strader, Kelly J., *Understanding White Collar...*, cit., p. p. 37-38, y p. p. 42-43; Waters, Laura, «Federal Criminal...», cit., p. 746. También, Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar Crime...*, cit., p. 47.

<sup>1285</sup> Emanuel, Steven L., *Criminal ...*, cit., p. 192. También Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar Crime...*, cit., p. p. 48-49; Strader, Kelly J., *Understanding White Collar...*, cit., p. 38. Sobre la relación entre la *offense clause* y la *defraud clause*, véase Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 1, p. p. 246-249 y p. p. 194-197 del *2012-13 Cumulative Supplement*. También, Strader, Kelly J., *Understanding White Collar...*, cit., p. 37.



determinado *criminal intent*, este deberá también concurrir en la persona acusada de conspiración<sup>1286</sup>.

Además de los tres elementos expuestos, la mayoría de las leyes federales, como es el caso de la disposición 371 del Título 18 del *U.S. Code*, exigen para el castigo de la conspiración, la realización, por parte de sus partícipes, de un acto manifiesto en cumplimiento del acuerdo<sup>1287</sup>, que no tendrá por qué ser delictivo. Se pretende así castigar las conspiraciones «reales» y no aquellas que sólo permanecen en la mente de sus participantes<sup>1288</sup>.

No es, sin embargo, como hemos dicho, un requisito que ha de concurrir en todo tipo de conspiraciones, pues en algunas de ellas basta el mero acuerdo para su castigo<sup>1289</sup>.

Varias consideraciones adicionales podríamos realizar con relación a este delito.

La primera, que de conformidad con la doctrina establecida en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo Federal en el caso *Pinkerton v. U.S.*<sup>1290</sup>, todos los partícipes en la conspiración serán responsables de los delitos cometidos por cualquiera de ellos en ejecución del acuerdo alcanzado, salvo que éstos, razonablemente, no hubieran podido ser previstos como una consecuencia natural de dicho acuerdo<sup>1291</sup>.

La segunda que, con carácter general, una conspiración concluye cuando el objetivo criminal se cumple o cuando todas las partes se retiran del acuerdo<sup>1292</sup>. Esta cuestión, relacionada con la duración de la conspiración, puede ser importante para la determinación de

---

<sup>1286</sup>Véase, Emanuel, Steven L., *Criminal...*, cit., p. 185; Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar Crime...*, cit., p. 50. También, Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit. p. p. 71-75. En el mismo sentido, Strader, Kelly J., *Understanding White Collar...*, cit., p. 47. Sobre las dificultades que pueden plantearse para el establecimiento del *mens rea* en este delito, véase, LaFave, Wayne R., *Criminal Law*, cit., p.p. 663- 671.

<sup>1287</sup>Strader, Kelly J., *Understanding White Collar...*, cit., p. 36. En el mismo sentido, LaFave, Wayne R., *Criminal Law*, cit., p. 661.

<sup>1288</sup>Véase, Waters, Laura, «Federal Criminal...», cit., p. p. 749-750; Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar Crime...*, cit., p. p. 50-51. También, Emanuel, Steven L., *Criminal...*, cit., p. p. 192-193.

<sup>1289</sup>Véase, Waters, Laura, «Federal Criminal...», cit., p.p. 749-750; Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar Crime...*, cit., p.p. 50-51; también, Emanuel, Steven L., *Criminal...*, cit., p. p. 192-193.

<sup>1290</sup>*Pinkerton v. U.S.*, 328 U.S. 640 (1946).

<sup>1291</sup>Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 1, p. p. 220-223 y p. p. 174- 175 del *2012-13 Cumulative Supplement*; Emanuel, Steven L., *Criminal Law...*, cit., p. p. 193-194. También, Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar Crime...*, cit., p. p. 53-54.

<sup>1292</sup>Waters, Laura, «Federal Criminal...», cit., p. p. 751-752. Para un estudio más detallado sobre los problemas prácticos que al respecto se pueden plantear, principalmente, si es uno de los integrantes el que alega haberse retirado del acuerdo inicial, véase Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 1, p. p. 223-231 y p. p. 178-179 del *2012-13 Cumulative Supplement*. También, Emanuel, Steven L., *Criminal Law...*, cit., p. p. 197-200.

extremos tales como hasta qué momento pueden sumarse a ella nuevos miembros o cuándo comienza a computarse el plazo de prescripción<sup>1293</sup>.

La tercera cuestión, relacionada con el delito de conspiración, que nos gustaría destacar, es qué ventajas procesales tiene su utilización para los Fiscales. Serías las siguientes: todos los participantes podrán ser juzgado en un solo proceso, aumentando así las posibilidades de condena de todos ellos; en segundo lugar, las posibilidades de elección del Tribunal competente para su enjuiciamiento también aumentan, pues podrá serlo el correspondiente al lugar donde se produjo el acuerdo o el del lugar donde cualquiera de sus participantes realizara algún acto, en ejecución de dicho acuerdo; y, en tercer lugar, no se aplican las reglas generales de prueba relativas a la no admisión del *hearsay*<sup>1294</sup>, de manera que las declaraciones de cualquier conspirador, realizadas durante la vigencia del acuerdo, podrán ser introducidas en el acto del juicio, incluso a través de las manifestaciones de un tercero y utilizadas como prueba en contra de todos ellos<sup>1295</sup>.

Además, el secretismo propio de este tipo de acuerdos permitirá a la acusación probar su existencia a través de pruebas circunstanciales o inferir su existencia de los actos de sus intervinientes<sup>1296</sup>.

## II. LA RESPONSABILIDAD POR CONSPIRACY DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

El presupuesto indispensable para la existencia de una conspiración para delinquir es que dos o más personas se hayan puesto de acuerdo para este fin. De hecho, como ya dijimos, la doctrina mayoritaria considera que es la mayor peligrosidad que se deriva para la sociedad de esta forma conjunta de delinquir la que justifica su castigo, y por tanto, el adelanto de la persecución penal, antes incluso de la comisión de ninguna infracción.

---

<sup>1293</sup> Emanuel, Steven L., *Criminal Law...*, cit., p. 197.

<sup>1294</sup> Sobre el *hearsay* en la doctrina del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos, véase, López Barja de Quiroga, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, cit., p. p. 666-729.

<sup>1295</sup> Véase, Singer, Richard G. y La Fond, John Q., *Criminal Law*, cit., p. p.345- 349; Strader, Kelly J., *Understanding White Collar...*, cit., p. p. 38-40; Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar Crime...*, cit., p. p. 40-41. También, Emanuel, Steven L., *Criminal Law...*, cit., p. 184; LaFave, Wayne R., *Criminal Law*, cit., p. p. 650-656.

<sup>1296</sup> En este sentido, Waters, Laura, «Federal Criminal Conspiracy», 49 *Am. Crim. L. Rev.* 739 (2012), p. 743. También Emanuel, Steven L., *Criminal Law...*, cit., p.185.

Pues bien, precisamente es la exigencia de esta pluralidad la que plantea algunas cuestiones interesantes a la hora de la posible imputación de este delito a una persona jurídica; surgiendo dudas tales como si una persona jurídica puede conspirar para cometer un delito con uno de sus empleados, o si la misma será penalmente responsable por este delito si son varios de sus representantes o empleados los que conspiran entre sí. Asimismo se puede discutir si dos personas jurídicas pueden conspirar entre ellas, o si puede hacerlo una sociedad matriz con una de sus filiales.

A estas preguntas, de las que se ha ocupado, ampliamente, por otro lado, tanto la doctrina como la jurisprudencia federal, vamos a tratar de responder a continuación, valorando para ello, por un lado, que las persecuciones penales por este delito, lejos de ser algo inusual, son muy frecuentes ante los Tribunales Federales; y, por otro que la comisión del delito objetivo de la conspiración no impedirá el castigo de esta última.

## **1. *Intracorporate y extracorporate conspiracy***

### **1.1. *Intracorporate conspiracy***

El primer supuesto que vamos a examinar es aquel que se plantea cuando el acuerdo característico del delito de conspiración se alcanza entre los representantes o empleados de una misma entidad, que se ponen de acuerdo, de la forma que hemos descrito en el apartado anterior, para cometer cualquier delito *-intracorporate conspiracy-*.

En estos casos, la aplicación de la doctrina del *respondeat superior* debería conducir a afirmar, desde nuestro punto de vista y sin mayores dificultades, que la entidad será penalmente responsable del delito de *conspiracy*, si sus representantes y empleados actuaron dentro de las funciones que le correspondían en dicha entidad y para beneficiarla; ya que entonces sus actos e intenciones, como ya sabemos, les serán atribuidos a la entidad<sup>1297</sup>.

Tenemos por tanto, la pluralidad de sujetos exigida por el delito de conspiración, que estará constituida por los representantes y empleados de la entidad que alcanzan el acuerdo en

---

<sup>1297</sup>En este sentido, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., p. 272; Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit. § 5.01 (versión electrónica). También, Brickey, Kathleen F., «Conspiracy, Group Danger...», cit., p. 438.

cuestión; y un criterio de imputación, amparado en la doctrina citada, que permite atribuir a la entidad la responsabilidad penal derivada de ese acuerdo, que es por sí constitutivo de delito.

En definitiva, como ha destacado algún autor<sup>1298</sup>, la cuestión no es si la persona jurídica puede o no conspirar con sus representantes y empleados, sino si varios de éstos pueden constituir la pluralidad exigida para la existencia de la conspiración y si, además, se cumplen los demás presupuestos para que, en el caso concreto, la entidad sea penalmente responsable. Si es así, tanto ella como las personas físicas partícipes en el acuerdo serán responsables por la conspiración de que se trate. Particularmente, la persona jurídica lo será no porque sea uno de los sujetos que forman parte del acuerdo, sino porque a ella se le atribuye la responsabilidad penal de sus representantes y empleados que lo alcanzaron<sup>1299</sup>.

Esta conclusión y este análisis, sin embargo, no ha sido siempre el realizado por los Tribunales Federales, y algunos de ellos han negado que, en estos supuestos, surja responsabilidad penal para la persona jurídica, amparándose para ello en la conocida como *intracorporate doctrine*.

Esta doctrina, tal como ha sido definida por los propios órganos judiciales, sostiene que una persona jurídica no puede conspirar con sus empleados y que estos tampoco pueden hacerlo entre sí, cuando actúan en el ámbito de sus competencias<sup>1300</sup>.

Se basa esta doctrina en los principios de la teoría de la agencia, según la cual, los actos de los *agents* de una persona jurídica son realmente los actos de la misma. Por tanto, como dice el Tribunal del Undécimo Circuito en la sentencia dictada en el caso *McAndrew v. Lockheed Martin Corp*<sup>1301</sup>, de la misma manera que una persona física no puede conspirar con ella misma, tampoco es posible que una persona jurídica y sus agentes conspiren entre sí, porque unos y otros son, en realidad, la misma cosa. No existiría pues, en estos casos, un acuerdo entre dos o más personas<sup>1302</sup>.

---

<sup>1298</sup>Welling, Sara N., «Intracorporate Plurality in Criminal Conspiracy Law», 33 *Hastings L.J.* 1155 (1982), p. 1200.

<sup>1299</sup>Welling, Sara N., «Intracorporate Plurality...», cit., p. 1200; también, Martin, Shaun P., «Intracorporate Conspiracies», 50 *Stan. L. Rev.* 399 (1998).

<sup>1300</sup>Véase, *McAndrew v. Lockheed Martin Corp.*, 206 F. 3d 1031 (11th Cir. 2000). También, *Kirwin v. Price Communication Corp.*, 391 F. 3d 1323, (7th Cir. 2004). Ambas sentencias rechazan la aplicación de esta teoría, pero la exponen previamente con mucha claridad.

<sup>1301</sup>*McAndrew v. Lockheed Martin Corp.*, 206 F. 3d 1031 (11th Cir. 2000).

<sup>1302</sup>Véase, Thompson B. y Yong A., «Criminal Corporate...», cit. p. 497-498.

Uno de los primeros casos en los que se aplicó esta teoría, para impedir la responsabilidad penal de una persona jurídica por *conspiracy*, fue en la sentencia dictada en el caso *Nelson Radio & Supply v. Motorola*<sup>1303</sup>, donde el Tribunal del Quinto Circuito, en el marco de la normativa *antitrust*, concretamente en el ámbito de la *Sherman Act*, examinó la existencia de una posible conspiración entre una persona jurídica, *Motorola Inc.*, y varios de sus representantes y empleados, entre los que se encontraban su presidente y su jefe de ventas.

En esta resolución se concluyó por el órgano judicial citado que, en el supuesto examinado, no existía esa pluralidad de personas o entidades que exigía la acusación por conspiración que había sido formulada. Y no existía, dijo el Tribunal, porque siendo la regla general que los actos de los representantes o empleados de las personas jurídicas son los actos de ella misma, los primeros no podía constituir propiamente un «grupo de conspiradores», porque precisamente sus actos eran los únicos a través de los cuales la entidad podía actuar<sup>1304</sup>. El Tribunal llega a calificar de absurda la afirmación de que la compañía, a través de sus representantes o empleados, conspiró consigo misma para limitar la competencia en el mercado<sup>1305</sup>.

La doctrina establecida en esta sentencia fue ampliamente acogida por los Tribunales en otras resoluciones posteriores dictadas en el contexto de la sección primera de la *Sherman Act*<sup>1306</sup>; reiterándose la conclusión de que una persona jurídica no podía conspirar para violar las normas *antitrust*<sup>1307</sup>. De hecho esta doctrina sería confirmada, en el año 1984, por el Tribunal

---

<sup>1303</sup>*Nelson Radio & Supply v. Motorola*, 200 F.2d 911 (5th Cir.1952), *cert. denied*, 345 U.S. 925. Véase al respecto, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., p. p. 266-269; Welling, Sara N., «Intracorporate Plurality...», cit., p. p. 1162-1163. También, Martin, Shaun P., «Intracorporate ...», cit., p. p. 427-428.

<sup>1304</sup>Señala el Tribunal: «it is basic in the law of conspiracy that you must have two persons or entities to have a conspiracy. A corporation cannot conspire with itself any more than a private individual can, and it is the general rule that the acts of the agent are the acts of the corporation. Here it is alleged that the conspiracy existed between the defendant corporation, its president, Calvin, its sales manager, Kelly, and its officers, employees, representatives and agents who have been actively engaged in the management, direction and control of the affairs and business of defendant. This is certainly a unique group of conspirators. The officers, agents and employees are not named as defendants and no explanation is given of their non-joinder. Nor is it alleged affirmatively, expressly, or otherwise, that these officers, agents, and employees were actuated by any motives personal to themselves. Obviously, they were acting only for the defendant corporation. It is true that the acts of the corporate officers may bring a single corporation within Section 2 of the Sherman Act, which covers an attempt to monopolize, but this is not because there exists in such circumstances, a conspiracy to which the corporation is a party.»

<sup>1305</sup>Declara el Tribunal: «In the instant case we do not have any of those situations and it appears plain to us that the conspiracy upon which plaintiff relies consists simply in the absurd assertion that the defendant, through its officers and agents, conspired with itself to restrain its trade in its own products».

<sup>1306</sup>Brickey Kathleen F., *Corporate Criminal...*, cit., p. 267; también, Welling, Sara N., «Intracorporate Plurality...», p. 1163.

<sup>1307</sup>Entre otras muchas, véase, *Chapman v. Rudd Paint & Varnish Co.*, 409 F.2d 635 (9th Cir. 1969); *Gordon v. Illinois Bell Tel. Co.*, 330 F.2d 103 (7th Cir. 1964), *cert. denied*, 379 U.S. 909, (1964); *Morton Bldgs. of Nebraska Inc.*

Supremo Federal, en la sentencia dictada en el caso *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*<sup>1308</sup>. En esta resolución, el Tribunal analiza un supuesto diferente, cual es la posibilidad de que una sociedad matriz y una filial conspiren para violar la reiterada sección primera de la *Sherman Act*, pero al hacerlo, y entre los distintos argumentos que se incluyen en la resolución, se alude expresamente al hecho de que los representantes y empleados de una misma compañía no constituyen la pluralidad de actores que exigiría una conspiración<sup>1309</sup>.

No obstante lo expuesto, si continuamos leyendo esta resolución, vemos que esta última afirmación está directamente relacionada con un argumento más amplio, que tiene que ver, a su vez, con el tipo de prácticas que se pretende perseguir en la normativa aplicable al caso de autos (la *Sherman Act*), que son aquellas destinadas a restringir indebidamente la competencia. Efectivamente, el Tribunal declara que la *Sherman Act* contiene una distinción básica entre acciones individuales y acciones concertadas. Las primeras, protagonizadas por una sola firma, están reguladas por la sección segunda de esta norma y son ilegales sólo cuando impliquen un riesgo de monopolio. Por ejemplo, dice el Tribunal, si una empresa es lo suficientemente hábil como para hacerse con los consumidores insatisfechos de sus competidores, esta actuación estará amparada por las reglas del mercado y será fruto de la libre competencia que precisamente la norma trata de promover. Sólo será ilícita cuando suponga un riesgo de monopolización, en cuyo caso se podrá actuar contra ella.

Sin embargo, en la sección primera de la *Sherman Act*, lo que se persigue, declara el Tribunal, son aquellas restricciones del comercio que, por «*contract, combination (...) or conspiracy*», tengan lugar entre dos entidades. Por tanto, esta norma no alcanza a comportamientos unilaterales, sino que trata de perseguir los acuerdos entre entidades destinados a fijar precios o a repartirse zonas geográficas, que claramente limitan la libre competencia.

---

*v. Morton Bldgs. Inc.*, 531 F. 2d 910 (8th Cir. 1976); y *Spectrofuse Corp. v. Beckman Instruments Inc.*, 575 F. 2d 256 (5th Cir. 1978).

<sup>1308</sup>*Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U.S. 752 (1984).

<sup>1309</sup>Dice el Tribunal: «for these reasons, officers or employees of the same firm do not provide the plurality of actors imperative for a § 1 conspiracy». En apoyo de esta conclusión, cita el Tribunal los siguientes precedentes judiciales: *Schwimmer v. Sony Corp. of America*, 677 F.2d 946, 953 (CA2), *cert. denied*, 459 U.S. 1007 (1982); *Tose v. First Pennsylvania Bank, N. A.*, 648 F.2d 879, 893-894 (CA3), *cert. denied*, 454 U.S. 893 (1981); *Morton Buildings of Nebraska, Inc. v. Morton Buildings Inc.*, 531 F.2d 910, 916-917 (CA8 1976); *Greenville Publishing Co. v. Daily Reflector, Inc.*, 496 F.2d 391, 399 (CA4 1974) (dictum); *Chapman v. Rudd Paint & Varnish Co.*, 409 F.2d 635, 643, n. 9 (CA9 1969); *Poller v. Columbia Broadcasting System Inc.*, 109 U. S. App. D. C. 170, 174, 284 F.2d 599, 603 (1960), *rev'd on other grounds*, 368 U.S. 464 (1962); *Nelson Radio & Supply Co. v. Motorola Inc.*, 200 F.2d 911, 914 (CA5 1952), *cert. denied*, 345 U.S. 925 (1953).

Pues bien, es en este contexto, en el de las conductas prohibidas por la sección primera de la *Sherman Act*, cuando el Tribunal Supremo Federal realiza la afirmación de que los representantes y empleados de una misma compañía no constituyen la pluralidad de actores que exige una conspiración a estos efectos. En definitiva, no se trataría propiamente de que la entidad no pudiera ser penalmente responsable del delito de conspiración cometidas por sus empleados, sino de que para la existencia de una conspiración a los efectos de la sección primera de la *Sherman Act*, es preciso que el acuerdo se alcance entre dos actores económicos distintos del mercado, de manera que los representantes o empleados de uno solo de ellos no pueden conspirar.

En este sentido, se han pronunciado autores como Brickey, para quien el fundamento que justifica la aplicación de la *intracorporate doctrine* en el ámbito de la normativa *antitrust*, según la cual una persona jurídica y sus representantes o empleados son incapaces de conspirar a los efectos de la sección primera de la *Sherman Act*, es ajeno a aquel en el que estos conspiran para cometer otras infracciones penales; habiendo primado los Tribunales, en el primer caso, el poco riesgo que para las prácticas allí previstas pueden tener los comportamientos de una sola empresa<sup>1310</sup>. Además, continúa esta autora, si la conclusión en estos supuestos hubiera sido otra, se correría el riesgo de que determinadas decisiones internas de la compañía, tomadas entre varios representantes o empleados responsables de las mismas, y dirigidas, por ejemplo, a fijar precios, pudieran ser constitutivas de prácticas ilícitas cuando tuvieran cualquier efecto en el mercado. Nada tienen que ver estos casos con aquellos en los que, por ejemplo, varios empleados de una compañía alcanzan un acuerdo para falsificar documentos, hacer contribuciones ilegales a algún partido político o sobornar a algún funcionario. En estos casos, la persona jurídica, concluye, deberá responder penalmente por estas conductas, con base en la doctrina del *respondeat superior*<sup>1311</sup>.

En la misma línea, se pronuncia Welling, para quien las decisiones de los Tribunales en este ámbito no están basadas propiamente en las normas que regulan la conspiración, sino en la política *antitrust*; citando a este respecto las palabras que, en 1955, el *U.S. Attorney General*, Herbert Brownell, pronunció ante el comité encargado precisamente del estudio de las normas *antitrust*, de las que se deriva claramente la intención de evitar que algunas decisiones internas

---

<sup>1310</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 1, p. p. 271-273.

<sup>1311</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability ...*, cit., vol. 1, p. p. 271-273.

de la compañías, que pudieran tener un efecto en el mercado, pudieran ser interpretadas como conductas ilícitas<sup>1312</sup>.

Ahora bien, fuera del ámbito de los litigios relacionados con las prácticas prohibidas por las normas *antitrust*, la mayoría de los Tribunales Federales, sí han admitido que en los supuestos en los que varios representantes o empleados de una persona jurídica conspiren entre sí para la comisión de un delito, la entidad responderá penalmente, por supuesto, por este delito, si el mismo llegara a cometerse, pero también por la conspiración<sup>1313</sup>.

Así lo exige, como ya adelantamos, la aplicación de la doctrina del *respondeat superior*. Además, en tales supuestos, está igualmente presente la peligrosidad generada por ese acuerdo colectivo destinado a la comisión de un delito, independientemente de que sus participantes formen parte de la misma organización<sup>1314</sup>.

---

<sup>1312</sup>Welling, Sara N., «Intracorporate Plurality...», p. 1164. Las palabras del Fiscal General fueron las siguientes: «Restraining trade is not illegal, but only contracting, combining and conspiring in restraint of trade. Since a corporation can only act through its officers, and since the normal commercial conduct of a single trader acting alone may restrain trade, many activities of any business could be interdicted were joint action solely by agents of a single corporation acting on its behalf held to constitute a conspiracy in restraint of trade».

Sobre el tratamiento que la doctrina de la *intracorporate conspiracy* tiene en el ámbito de la normativa *antitrust* puede verse también Gregg, Ellen M., «Antitrust- repudiation of the intraenterprise Conspiracy Doctrine. *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*», 7 *Campbell L. Rev.* 369 (1985).

Por otro lado, cabe indicar que las limitaciones derivadas de la aplicación de esta doctrina se han trasladado a otro ámbito, concretamente, al de las acciones civiles basadas en la disposición 42 del *U.S. Code*, según la cual, cualquier persona que resulte dañada por una conspiración para violar sus derechos civiles, podrá reclamar el resarcimiento de tales daños ante un Tribunal Federal. En ejercicio de esta acción, de naturaleza civil, algunos Tribunales Federales han entendido que los comportamientos protagonizados por los empleados de una misma firma no pueden constituir una conspiración a estos efectos. Al respecto véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 1, p. p. 268-269, y p. p. 201-211 del *2012-13 Cumulative Supplement*; Welling, Sara N., «Intracorporate Plurality...», cit., p. p. 1168-1174. También, Warner, David, «Are the Corporation and Its Employees the Same?: Piercing the Intracorporate Conspiracy Doctrine in a Post-Enron World», 55 *U. Kan. L. Rev.* 1057 (2007), p. p. 1160-1161.

Una sentencia reciente sobre uno de estos supuestos, dictada por el Tribunal del Tercer circuito, en 2010, en el caso *Rehberg v. Paulk*, 611 F.3d 828 (2010), declara expresamente que la doctrina de la *intracorporate conspiracy* prohíbe formular este tipo demandas contra una entidad o sus directivos cuando se les acuse a ambos de conspirar juntos, dentro de la organización. No había sido, sin embargo, esta la posición establecida, también en un asunto de esta naturaleza, por el Tribunal del Undécimo Circuito en la sentencia dictada, en el año 2000, en el caso *McAndrew v. Lockheed Martin Corp.*, 206 F.3d 1031. En esta resolución el Tribunal entendió que el hecho de que estuviésemos ante una conspiración civil no justificaba la aplicación de la doctrina expuesta, que no era precisamente la seguida en los supuestos de acusación por conspiración constitutiva de delito. Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 1, p. p. 210 -211 del *2012-13 Cumulative Supplement*.

<sup>1313</sup>En este sentido, Thompson B. y Yong A., «Criminal Corporate...», cit., p. p. 497-498; también, Warner, David, «Are the Corporation and Its Employees...», cit. p. 1158; y Martin, Shaun P., «Intracorporate ...», cit., p. 400. Véase asimismo, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal...*, cit., vol. 1, p. p. 270-271 y p. 211 del *2012-13 Cumulative Supplement*, con citación de numerosos precedentes judiciales.

<sup>1314</sup>Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit. § 5.01 (versión electrónica); también Brickey, Kathleen F., «Conspiracy, Group Danger...», cit., p. 439.



Esta fue, por ejemplo, la conclusión alcanzada por el Tribunal del Segundo Circuito en la sentencia dictada en el caso *United States v. Peters*<sup>1315</sup>. En él, la entidad *Peter Fabrics Inc.*, su presidente y su vicepresidente habían sido condenados en primera instancia por dos delitos contemplados en la *Mail Fraud Act*, además de por un delito de conspiración, con base en la disposición 371 del título 18 del *U.S. Code*, por estafar a una compañía de seguros en unas reclamaciones relacionadas con las pérdidas derivadas de una serie de siniestros. Al apelar su condena, los acusados alegaron, entre otras cuestiones, que no era posible condenar separadamente por el delito de conspiración a la entidad y a sus empleados, porque estos últimos no podían conspirar con una entidad ficticia, como era su compañía.

El Tribunal de apelación rechazó esta alegación. Los directivos acusados habían realizado las conductas delictivas que se les imputaban, en el ejercicio de las funciones que les correspondían en la empresa y con la finalidad de favorecerla; y al actuar así, declaró el Tribunal, era posible condenarles a ellos y también a la entidad, porque, en definitiva, y respecto al cargo por conspiración, los primeros habían conspirado en nombre de ésta.

En un sentido similar se pronunciaría el Tribunal del Tercer Circuito, en la sentencia dictada en el caso *U.S. v. Huges Aircraft Co. Inc.*<sup>1316</sup>. Aquí la acusación penal formulada contra la compañía y uno de sus empleados comprendía dos delitos de falsedad, llevadas a cabo en la ejecución de un contrato con la Administración, y un delito de conspiración para defraudar y cometer falsedad contra los Estados Unidos, también en aplicación de la disposición 371 del título 18 del *U.S. Code*. Pues bien, también aquí el Tribunal de apelación, para confirmar la condena de la compañía por tales delitos aplica, mencionándola además expresamente, la doctrina del *respondeat superior*; valorando para ello que las pruebas habían puesto de manifiesto que el empleado acusado no había sido el único implicado en los hechos de los que derivaba la acusación por conspiración. Además, dadas las alegaciones realizadas por la compañía demandada, el Tribunal rechazó expresamente la aplicación al supuesto de autos, tal como su defensa había solicitado, de la doctrina de la *intracorporate conspiracy* propia de las normas *antitrust*, porque ello podría conducir a que ninguna compañía, actuando a través de sus empleados, pudiera ser condenada por conspiración. Resultado éste que expresamente se califica de ilógico.

---

<sup>1315</sup>*United States v. Peters*, 732 F.2d 1004 (2nd Cir. 1984).

<sup>1316</sup>*U.S. v. Huges Aircraft Co. Inc.*, 20 F.3d 974 (3rd Cir. 1994).

En otras ocasiones, aunque se alcanza idéntico resultado, esto es, la confirmación de la condena de la persona jurídica por conspiración, sin embargo la forma en la que los Tribunales se aproximan a la cuestión difiere de la expuesta hasta el momento, y es algo más confusa. Ello amparándose en una especie de reconocimiento de la persona jurídica como una entidad independiente que, como tal, puede conspirar con sus empleados, y que por ello asume su propia responsabilidad, una responsabilidad cuyo fundamento, sin embargo, no se desarrolla convenientemente<sup>1317</sup>.

Es el caso de la sentencia dictada en *United States v. Hartley*<sup>1318</sup>. Esta resolución tras rechazar la aplicación de la doctrina de la *intracorporate conspiracy*, termina afirmando que una persona jurídica puede conspirar y que puede hacerlo con sus representantes y empleados. El Tribunal acepta, como lo hace la doctrina de la agencia, que la entidad actúa a través de ellos y que sus actos se convierten en los actos de la entidad que, de esta forma, llega a ser algo independiente. Pero esta personificación se crea precisamente, según se dice en la resolución, para ampliar la responsabilidad de estas entidades. Nunca se pretendió que esta ficción tratara de prohibir la imposición de responsabilidad penal a las personas jurídicas, permitiéndoles a ellas o a sus agentes ocultarse detrás de la entidad del otro<sup>1319</sup>.

## **1.2. Extracorporate conspiracy**

Hasta este momento, hemos analizado el supuesto consistente en la posible responsabilidad penal por conspiración de una persona jurídica, cuando son sus propios representantes y empleados los que conspiran. Un supuesto distinto sería aquel en el que un tercero, ajeno a la organización, participa, junto con varios representantes o empleados de la misma, en el acuerdo para cometer el delito de que se trate -*extracorporate conspiracy*-.

---

<sup>1317</sup>En este sentido, véase, Hoffman, Susan, «Corporate Criminal Liability for Intracorporate Conspiracy», 72 Ky. L.J. 225 (1983-1984), p. p. 231-238.

<sup>1318</sup>*United States v. Hartley*, 678 F.2d 961 (11th Cir. 1982).

<sup>1319</sup>Declara el Tribunal: «the difficulty in accepting the theory of intracorporate conspiracy is conceptual. Under elementary agency principles, a corporation is personified through the acts of its agents. Thus, the acts of its agents become the acts of the corporation as a single entity. The conceptual difficulty is easily overcome, however, by acknowledging the underlying purpose for the creation of this fiction — to expand corporate responsibility. By personifying a corporation, the entity was forced to answer for its negligent acts and to shoulder financial responsibility for them. See *Dussouy v. Gulf Coast Investment Corp.*, 660 F.2d 594, 608 (5th Cir. 1981). The fiction was never intended to prohibit the imposition of criminal liability by allowing a corporation or its agents to hide behind the identity of the other...».

En estos casos, la persona jurídica también debería ser penalmente responsable por el delito de conspiración, puesto que su culpabilidad será, conforme a la doctrina del *respondeat superior*, la de sus propios representantes y empleados, independientemente de que en el acuerdo delictivo alcanzado por estos participe un tercero extraño a la entidad.

Por las mismas razones, la persona jurídica también será penalmente responsable por un delito de conspiración, si el acuerdo típico de esta infracción delictiva se alcanza entre uno solo de sus *agents* y otra u otras personas ajenas a la misma. También aquí, su imputación derivará de la responsabilidad de ese miembro de su organización que conspira con otros (cumpliéndose así el presupuesto de la pluralidad) para cometer el delito. Si estos últimos, a su vez, formaran parte de otra persona jurídica, también esta última podría ser responsable por el delito de conspiración; en cuyo caso tendríamos dos personas jurídicas condenadas por conspiración, independientemente de la condena de sus *agents*.

En este punto, resultan interesantes las consideraciones de Gruner<sup>1320</sup>, que destaca la mayor exposición de riesgo penal que soporta la persona jurídica cuando, en estos acuerdos constitutivos de conspiración, interviene *outsider*. En efecto, para este autor, dado que es posible que la entidad tenga que responder de los actos cometidos por todos los integrantes del citado acuerdo, incluido los cometidos por el *outsider* que conspira con sus representantes y empleados, la misma pierde su capacidad para supervisar y controlar su propia responsabilidad potencial, al ser responsable por las conductas de individuos y entidades sobre las que no ejerce ningún control y sobre las que puede no tener conocimiento<sup>1321</sup>.

### **1.3. *Single agents intracorporate conspiracy***

Acabamos de afirmar que el delito de conspiración le será imputable a la persona jurídica, en aplicación de la doctrina del *respondeat superior*, si uno de sus representantes o empleados conspira para cometer un delito con otro u otros ajenos a la misma pues, en estos casos, se cumple el requisito de la pluralidad de partícipes en el acuerdo que exige siempre esta infracción penal. Pero, ¿puede conspirar uno de estos representantes o empleados con la propia persona jurídica de la que forma parte -*single agents intracorporate conspiracy*-.?

---

<sup>1320</sup>Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit. § 5.01 (versión electrónica).

<sup>1321</sup>Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit. § 5.01 (versión electrónica).

En *Union Pacific Coal Co. v. United States*<sup>1322</sup>, el Tribunal del Octavo Circuito respondió negativamente a esta pregunta, y concluyó que una sola persona física y la entidad para la que trabajaba no podían formar esa pluralidad exigida por el delito de conspiración. La entidad solo podía actuar a través de sus *agents* y, por tanto, no podía alcanzar con ellos un acuerdo para cometer un delito<sup>1323</sup>.

En el mismo sentido se pronunciaría el Tribunal en el caso *States v. Carroll*<sup>1324</sup>. En él, la acusación inicial, por un delito de conspiración para adquirir oro en violación de la normativa correspondiente, se formuló inicialmente contra una persona jurídica, *Sheba Bracelets Inc.* y contra cuatro de sus representantes. Con dos de estos últimos se alcanzó un acuerdo antes del juicio, y respecto a un tercero se retiró la acusación, de forma que el juicio se celebró, finalmente, contra la entidad y uno sólo de sus representantes<sup>1325</sup>. Alegó el Fiscal que este último había conspirado con la primera, destacando, asimismo que él contralaba la entidad. El Tribunal, sin embargo, rechazó estos argumentos<sup>1326</sup>, y para ello realizó varios pronunciamientos interesantes.

El primero, que la persona jurídica y uno de sus *agents* no formaban una pluralidad a los efectos del delito de conspiración. La conclusión contraría extendería en exceso la ficción que supone que estas entidades tengan personalidad<sup>1327</sup>. El segundo, que el delito de conspiración pretende castigar y prevenir la existencia de un «grupo criminal», que no existiría si un *agent* utiliza una persona jurídica para ejecutar su crimen<sup>1328</sup>. Y el tercero, que si admitiésemos que puede existir una *single agent intracorporate conspiracy*, ello significaría que siempre que un representante o empleado de la misma cometiera un delito en el marco de su competencia, en realidad, estaría conspirando con la persona jurídica para dicha comisión<sup>1329</sup>.

En el mismo sentido se pronunciaría el Tribunal en el caso *United States v. Peters*<sup>1330</sup>, al declarar, por un lado, que las acciones de dos o más *agents* de una persona jurídica, cuando

---

<sup>1322</sup>*Union Pacific Coal Co. v. United States*, 173 F. 737 (8th Cir. 1909).

<sup>1323</sup>Véase, Martin, Shaun P., «Intracorporate...», cit., p. 417; Brickey, Kathleen F., «Conspiracy, Group Danger...», cit., p. p. 436-437.

<sup>1324</sup>*States v. Carroll*, 144 F. Supp. 939 (S.D.N.Y. 1956).

<sup>1325</sup>Welling, Sara N., «Intracorporate Plurality...», cit., p. 1186.

<sup>1326</sup>Welling, Sara N., «Intracorporate Plurality...», cit., p. 1186.

<sup>1327</sup>Véase, Martin, Shaun P., «Intracorporate ...», cit., p. p. 417-418; Welling, Sara N., «Intracorporate Plurality...», cit., p. 1186.

<sup>1328</sup>Martin, Shaun P., «Intracorporate...», cit., p. 418.

<sup>1329</sup>Martin, Shaun P., «Intracorporate...», cit., p. 418.

<sup>1330</sup>*United States v. Peters*, 732 F.2d 1004 (2nd Cir. 1984).

conspiren juntos en nombre de la misma, pueden conducir a la condena de estos y de la entidad, por el delito de conspiración<sup>1331</sup>; y por otro, y citando la sentencia dictada en *States v. Carroll*, que un único *corporate officer*, actuando en nombre de la persona jurídica, no podría ser condenado por conspirar con ella<sup>1332</sup>.

En la misma línea se pronunció la sentencia dictada en el caso *United States v. Stevens*<sup>1333</sup>, donde el Tribunal parte de la idea, también expresada en *States v. Carroll*, de que la esencia del delito de conspiración y lo que justifica su castigo es la existencia de un acuerdo de voluntades para delinquir, que es el que supone una amenaza especialmente peligrosa para la sociedad. También valoró el Tribunal, en este supuesto, que la persona física acusada controlaba la entidad, de manera que, realmente, esta última era un mecanismo para cometer el delito. En estos supuestos, dice el Tribunal en *United States v. Stevens*, no hay acuerdo entre la persona física y la jurídica. Será posible condenar a esta por el delito que cometa la primera, en su caso, pero no por conspirar para cometerlo<sup>1334</sup>.

En nuestra opinión, la relevancia que se otorga al hecho de que la persona física «controle» o no a la jurídica resulta confuso. Lo esencial para negar la posibilidad de que exista una *single agent intracorporate conspiracy* es, como también reconocen las resoluciones judiciales que hemos examinado, que una persona jurídica y su *agent* no forman propiamente una pluralidad a los efectos del delito de conspiración. Y ello debe ser así independientemente de cuál sea el papel que el primero ejerza<sup>1335</sup>. En estos casos, como señala Brickey, no existe la *unions of minds* que exige esta infracción penal, porque la entidad no tiene una «mente distinta» a la de sus empleados<sup>1336</sup>.

---

<sup>1331</sup>Declara la sentencia: «the actions of two or more agents of a corporation, conspiring together on behalf of the corporation, may lead to conspiracy convictions of the agents (because the corporate veil does not shield them from criminal liability) and of the corporation (because its agents conspired on its behalf)»

<sup>1332</sup>La sentencia expresa literalmente: «a corporate officer, acting *alone* on behalf of the corporation, could not be convicted of conspiring with the corporation».

<sup>1333</sup>*United States v. Stevens*, 909 F. 2d, 431 (11th Cir. 1990).

<sup>1334</sup>Declaró el Tribunal: «The threat posed to society by these combinations arises from the creative interaction of two autonomous minds. It is for this reason that the essence of a conspiracy is an *agreement*. The societal threat is of a different quality when one human simply uses the corporate mechanism to carry out his crime. The danger from agreement does not arise».

<sup>1335</sup>En este sentido, Welling, Sara N., «Intracorporate Plurality...», cit., p. 1187.

<sup>1336</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., p. 272-273. En este mismo sentido, Welling, Sara N., «Intracorporate Plurality...», cit., p. 1189; también Martin, Shaun P., «Intracorporate...», cit., p. 422, para quien existe un claro consenso respecto a que deben estar implicados al menos dos personas físicas para que exista un delito de conspiración.

#### 1.4. Conclusiones

Las consideraciones realizadas sobre el tratamiento doctrinal y jurisprudencial de los supuestos de *intra y extracorporate conspiracy*, conllevan las siguientes conclusiones.

En primer lugar, compartimos plenamente la posición de que una persona jurídica no puede conspirar con uno sólo de sus representantes y empleados. Ciertamente la persona jurídica es una realidad distinta de las de aquellas personas que la configuran, pero su responsabilidad penal nace de la comisión de un delito por una persona física, y ninguna persona física puede conspirar consigo misma, sino que necesita alguien con quien hacerlo, esto es, con quien alcanzar un acuerdo para la comisión de un delito. Ello debe ser así, como acabamos de exponer, independientemente de que consideremos que esta persona física controla o no en su totalidad la persona jurídica, porque el fundamento para negar que una persona jurídica pueda conspirar con uno de sus *agents*, es que estos solo pueden conspirar con otros.

Precisamente por lo expuesto, en el caso de que varios de estos representantes o empleados conspiren entre sí, la responsabilidad penal de la persona jurídica, desde nuestra perspectiva, no admite duda. Será responsable en la medida que lo sean aquellos, esto es, no es que la persona jurídica propiamente conspire con ellos, sino que esta última es responsable porque éstos han conspirado.

Por las mismas razones, si el acuerdo entre los representantes y empleados de una entidad alcanza a un tercero ajeno a la misma, la conclusión será idéntica. El hecho de que intervenga un *outsider* no impide atribuir a la persona jurídica la responsabilidad por los hechos cometidos por sus *insiders*. En estos casos, lógicamente, es posible que las entidades a las que pertenezcan estos terceros también sean penalmente responsables por el delito de conspiración de este último. Si fuera así, cabría precisar que las distintas entidades no serían realmente *coconspirators* sino, sencillamente, responsables por los delitos de conspiración cometidos por sus representantes y empleados.

## **2. Intra-enterprise conspiracy. *Copperworld Corp. v. Independence Tube Corp.***

En el año 1984, el Tribunal Supremo Federal dictó sentencia en el caso *Copperworld Corp. v. Independence Tube Corp.*<sup>1337</sup>.

En esta resolución, como en otros casos que hemos analizado en el apartado anterior, el supuesto de hecho examinado estaba relacionado con la posible existencia de prácticas prohibidas por la sección primera de la *Sherman Act* y, concretamente, sobre si para la realización de dichas prácticas una sociedad matriz podía conspirar con su filial.

En primera instancia, el jurado había respondido afirmativamente a esta pregunta y había concluido que las entidades implicadas, *Copperweld Corp* y *Regal Tube Co.*, esta última participada íntegramente por la primera, habían conspirado para vulnerar la citada norma.

El Tribunal de apelación del Séptimo Circuito había confirmado este pronunciamiento y había entendido que, en estos casos de posible conspiración entre una matriz y su filial, sí existía una separación suficiente entre ambas, podían ser tratadas como dos actores independientes y, por tanto, ser sujetos de una conspiración; lo que, efectivamente, había ocurrido en el caso de autos, puesto que la prueba practicada había puesto de manifiesto que *Regal Tube Co.* operaba realmente como una entidad independiente y no como un «mero apéndice» de su sociedad matriz.

Se aplicaba de esta forma la denominada *intra-enterprise conspiracy*, según la cual, una sociedad matriz y una de sus filiales podían conspirar a los efectos de la sección primera de la *Sherman Act*.

El Tribunal Supremo Federal, sin embargo, revocó estos pronunciamientos y, tras analizar aquellos precedentes que, con anterioridad, habían apoyado esta conclusión, y declarar que ni coincidían exactamente con el supuesto de hecho ante él planteado, ni habían examinado la cuestión con la debida profundidad<sup>1338</sup>, concluye que una sociedad matriz y una filial, cuando

---

<sup>1337</sup>*Copperworld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U.S. 752 (1984).

<sup>1338</sup>Se citan en la sentencia los siguientes: *United States v. Yellow Cab Co.*, 332 U.S. 218 (1947); *Appalachian Coals Inc. v. United States*, 288 U.S. 344 (1933); *Kiefer-Stewart Co. v. Joseph E. Seagram & Sons, Inc.*, 340 U.S. 211 (1951); *Timken Roller Bearing Co. v. United States*, 341 U.S. 593 (1951), *Perma Life Mufflers, Inc. v. International Parts Corp.*, 392 U.S. 134 (1968). Un análisis de estas resoluciones puede verse en Areeda, Phillip, «Intra Enterprise Conspiracy in Decline», 97 *Harv. L. Rev* 451 (1983), p. p. 457-462.

esta está participada íntegramente por la primera, debían ser consideradas como una sola empresa a los efectos de la sección primera de la *Sherman Act*.

Entre un matriz y una filial, según el Tribunal, no es posible propiamente el acuerdo exigido para que exista una conspiración. Este existe cuando los conspiradores tienen un propósito o diseño común destinado al acuerdo ilegal; pero en realidad una sociedad matriz y su filial siempre tienen una unidad de propósito o un diseño común. La sociedad matriz, se declara en la sentencia, puede, en cualquier momento, controlar a su filial si actúa en contra de sus intereses. La *inter-enterprise conspiracy*, según el Tribunal, mira hacia la estructura de la empresa, pero ignora la realidad. La responsabilidad derivada del incumplimiento de las normas *antitrust* no debería depender de si una empresa se organiza con base en distintas unidades que no tienen personalidad jurídica propia, o con base en sociedades filiales, participadas íntegramente por ellas, que sí la tienen<sup>1339</sup>.

En conclusión, para el Tribunal Supremo Federal una sociedad matriz y su filial, cuando esta última esté participada íntegramente por la primera, no pueden conspirar a los efectos de la sección primera de la *Sherman Act*, pues son, en realidad, una única entidad económica.

Varias cuestiones plantea esta sentencia.

La primera, qué ocurre si la filial no está participada íntegramente por la matriz, sino parcialmente<sup>1340</sup>. En estos casos, probablemente, y dados los razonamientos empleados por el

---

En *Copperworld Corp. v. Independence Tube Corp.* tres de los jueces del Tribunal firman un voto disidente, en el que no comparten la opinión que la mayoría indica sobre estos precedentes y concluyen que, frente a las consideraciones de la mayoría, el Tribunal sí se aparta de su doctrina anterior y establece una nueva regla. En este sentido se ha pronunciado también la doctrina. Es el caso de Brickey, para quien en esta sentencia el Tribunal Supremo termina bruscamente con la *inter enterprise conspiracy doctrine*, después de más de tres décadas de vigencia. Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 1, p. 262. En el mismo sentido, Stewart, Jennifer, «Comment, the Intra-enterprise Conspiracy Doctrine after Copper Weld Corp. v. Independence Tube Cop», 86 *Colum. L. Rev.* 198 (1986), p. p. 198-199.

<sup>1339</sup>Dice el Tribunal: «(...) indeed, the very notion of an "agreement" in Sherman Act terms between a parent and a wholly owned subsidiary lacks meaning. A § 1 agreement may be found when "the conspirators had a unity of purpose or a common design and understanding, or a meeting of minds in an unlawful arrangement." *American Tobacco Co. v. United States*, 328 U.S. 781, 810 (1946). But in reality a parent and a wholly owned subsidiary always have a "unity of purpose or a common design." They share a common purpose whether or not the parent keeps a tight rein over the subsidiary; the parent may assert full control at any moment if the subsidiary fails to act in the parent's best interests. The intra-enterprise conspiracy doctrine looks to the form of an enterprise's structure and ignores the reality. Antitrust liability should not depend on whether a corporate subunit is organized as an unincorporated division or a wholly owned subsidiary. A corporation has complete power to maintain a wholly owned subsidiary in either form. The economic, legal, or other considerations that lead corporate management to choose one structure over the other are not relevant to whether the enterprise's conduct seriously threatens competition. Rather, a corporation may adopt the subsidiary form of organization for valid management and related purposes».

<sup>1340</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 1, p. 263. También, Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar Crime...*, cit., p. p. 55-56.



Tribunal Supremo, habrá que comprobar si, no obstante este hecho, ambas constituyen o no una realidad económica independiente a los efectos de que puedan celebrar entre si acuerdos restrictivos de la competencia.

La segunda cuestión que se plantea es si la conclusión alcanzada en *Copperworld Corp. v. Independence Tube Corp.* puede trasladarse a conspiraciones destinadas a vulnerar normas distintas de las contempladas en la *Sherman Act*. ¿Puede conspirar una sociedad matriz con su filial fuera de este ámbito? o, para ser más exactos, ¿responderán penalmente ambas sociedades si los representantes o empleados de una y otra alcanzan un acuerdo para cometer cualquier delito?

La respuesta, desde nuestra perspectiva, debe ser afirmativa.

Como expusimos en su momento, al analizar la imposibilidad de que, en el ámbito de la normativa *antitrust*, una compañía pudiera «conspirar con sus empleados» a los efectos de la aplicación de la sección primera de la *Sherman Act*, las conclusiones alcanzadas por el Tribunal Supremo Federal en esta sentencia, están mediatizadas por el hecho de que las prácticas prohibidas en dicha disposición han de ser bilaterales y, por tanto, estar protagonizadas por dos actores económicos distintos; bilateralidad que no se daría ni cuando el acuerdo se alcanza entre los representantes y empleados de una misma sociedad, ni cuando estos pertenecen formalmente a dos sociedades distintas pero que forman una única realidad económica.

Pero fuera del ámbito de las normas *antitrust* no existe esta limitación. Por tanto, si los representantes y empleados de una sociedad matriz conspiran con los de una de sus filiales, una y otra serán responsables penalmente de dicho delito, en la medida en que lo sean los primeros; y ello, creemos, independientemente de que dicha filial esté o no participada íntegramente por la primera porque, en todo caso, la pluralidad de sujetos exigibles para la existencia del acuerdo constitutivo de la conspiración estará representada por los distintos empleados y representantes de una y otra.

Es más, si el acuerdo para delinquir solo se hubiera alcanzado entre los *agents* de la filial y entre esta y la sociedad matriz existiera tal vinculación que, en realidad, esta última fuera una mera formalidad, y ambas fueran una sola realidad, podríamos incluso concluir que la responsabilidad por conspiración alcanzaría no sólo a la entidad filial sino también a la matriz.

A este respecto conviene recordar que, como dijimos en su momento, los Tribunales federales admiten la posibilidad de que una persona jurídica pueda ser penalmente responsable por los delitos cometidos por los representantes y empleados de una de sus sociedades filiales, cuando entre las sociedades en cuestión exista tal vinculación que pueda concluirse que la entidad filial actúa en realidad por cuenta y en nombre de la entidad matriz, o que realmente su existencia es una pura formalidad y son una misma cosa.



## CAPÍTULO DUODÉCIMO. *CAN CORPORATES KILL?* RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR EL DELITO DE HOMICIDIO IMPRUDENTE

### I. INTRODUCCIÓN

A pesar de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los Estados Unidos puede derivarse, en teoría, dado el modelo de imputación de vigente, de la comisión de cualquier delito, porque cualquiera puede ser cometido por ella a través de sus empleados o agentes, los Tribunales, en ocasiones, como indicamos en su momento, han excluido de esta posibilidad algunos de ellos. En este sentido, particularmente interesante resulta el debate que se ha mantenido sobre si las personas jurídicas podían o no ser penalmente responsables por el delito de homicidio imprudente. La discusión sobre la cuestión ha merecido, frecuentemente, la atención de la doctrina<sup>1341</sup>.

De conformidad con el Derecho Penal vigente en la gran mayoría de las jurisdicciones del país, el delito de homicidio, que es aquel que se comete cuando se arrebatara la vida a otra persona de manera ilícita, puede ser calificado como un delito de asesinato –*murder*–, que podrá ser, a su vez, de primer o segundo grado, según sea o no premeditado; o como un delito de *manslaughter*, que podrá ser voluntario o involuntario. En el *voluntary manslaughter*, existe intención de matar pero se actúa o movido por un estado pasional –*heat of passion*–, o en la creencia errónea de que se actúa en legítima defensa; y en el *involuntary manslaughter*, el resultado de muerte se produce como consecuencia de un comportamiento negligente que, para

---

<sup>1341</sup>Al respecto, véase, Harlow, James W., «Notes. Corporate Criminal Liability for Homicide; a Statutory Framework», 61 *Duke J. Law* 123 (2011); Harbour Laurel J. y Johnson, Natalya Y., «Can a Corporation Commit Manslaughter? Developments in the United Kingdom and The United States», 73 *Def Couns. J.* 226 (2006); Reilly, David J., «Murder, Inc.: The Criminal Liability of Corporations for Homicide», 18 *Seton Hall L. Rev.* 378 (1988); Brickey, Kathleen F., «Death in the Workplace: Corporate Liability for Criminal Homicide», 2 *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y* 753 (1987); Edelman, Peter T., «Corporate Criminal Liability for Homicide: The Need to Punish Both the Corporate Entity and its Officers», 92 *Dick. L. Rev.* 193 (1987); Grogan, Jeffrey, P., «Corporations Can Kill too: After Film Recovery, Are Individuals Accountable for Corporate Crimes?», 19 *Loy. L. A. L. Rev.* 1411 (1986); Stoner, John E., «Corporate Criminal Liability for Homicide; Can the Criminal Law Control Corporate Behavior», 38 *Sw. L. J.* 1275 (1985); Rodella, Patricia B., «Comments. Corporate Criminal Liability for Homicide: Has The Fiction been Extended too Far», 4 *J.L. & Com.* 95 (1984); Spurgeon, Allen W. y Fagan Terence P., «Criminal Liability for Life endangering Corporate Conduct», 72 *J. Crim. L. & Criminology* 400 (1981); Anderson, Douglas, «Corporate Homicide: The Stark Realities of Artificial Beings and Legal Fictions», 8 *Pepp. L. Rev.* 367 (1981); Clark, Glenn A., «Corporate Homicide: A New Assault on Corporate Decision-making», 54 *Notre Dame L.* 911 (1979).

También, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 7.01 (versión electrónica); y Spehl, Stephan y Gruetzner, Thomas, *Corporate Internal Investigations: Overview of 13 Jurisdictions*, cit., § 1.07 (versión electrónica).

que alcance relevancia penal, deberá suponer una desviación grave del estándar de cuidado exigible a la persona en cuestión<sup>1342</sup>

Pues bien, aunque en la actualidad, como vamos a ver a continuación, es una cuestión aceptada que las personas jurídicas sí pueden ser penalmente responsables de las muertes que causen en el ejercicio negligente de su actividad, especialmente cuando dicha actividad afecte a la salud y seguridad de terceros, esta aceptación ha sido fruto de una importante evolución jurisprudencial, que merece la pena destacar y que ha discurrido paralela a la importancia que estas entidades han ido ganando en la actividad económica.

Cabe indicar, por otro lado, que, aun cuando uno de los primeros precedentes judiciales que vamos a exponer procede de un Tribunal Federal, esta controversia se ha mantenido fundamentalmente ante los Tribunales Estatales, que son los competentes para enjuiciar este tipo de delito que no es, en principio, de naturaleza federal<sup>1343</sup>.

## II. CAN CORPORATES KILL?

Antes incluso de que el Tribunal Supremo Federal dictara sentencia en *New York Central R. Co. v. United States*, reconociendo abiertamente la posibilidad de que las personas jurídicas pudieran ser penalmente responsables, los Tribunales ya se habían enfrentado a la cuestión de si una persona jurídica podía o no ser declarada culpable de un delito de homicidio imprudente.

En el año 1904, el *Circuit Court* del distrito sur de Nueva York tuvo que responder a esta cuestión en el caso *United States v. Van Schaick*<sup>1344</sup>. En él, una compañía de transporte había sido acusada de homicidio después de que, tras declararse un incendio en uno de los barcos de vapor de los que era propietaria, murieran, mientras intentaban huir de las llamas, un total de 900 pasajeros. La acusación, que se formuló contra la compañía y contra varios de sus directivos, que fueron acusados como cómplices, se fundó en el hecho de que el barco, con violación de la

---

<sup>1342</sup>Véase, Emanuel, Steven L., *Criminal Law*, cit., p. p. 243-280. También, LaFave, Wayne R., *Criminal Law*, cit., p. p. 764-852.

<sup>1343</sup>De conformidad con el capítulo 51, del título 18 del *U.S. Code*, algunos asesinatos y homicidios, por la condición de la víctima (un funcionario federal o un diplomático, entre otros) o del autor (por ejemplo, capitán de buque), por el lugar en el que ocurran (ciertas instalaciones federales o sitios donde no alcanza la jurisdicción de los Estados) o porque afecten a determinados intereses, como el comercio interestatal o a la seguridad nacional, podrían ser enjuiciados ante los Tribunales Federales.

<sup>1344</sup>*United States v. Van Schaick*, 134 F. 592 (C.C.S.D.N.Y. 1904).

normativa aplicable al respecto, no había sido dotado ni con salvavidas ni con equipos antiincendios<sup>1345</sup>.

Fueron los directivos acusados quienes alegaron que no podía ser acusados como cómplices porque la compañía, a su vez, no podía ser acusada como autora de un delito de homicidio. Y no podía serlo, porque no se le podía imponer la pena con la que estaba castigada esta infracción penal, que era la prisión o los trabajos forzados<sup>1346</sup>. El Tribunal rechazó este argumento y consideró que las personas jurídicas podían ser responsables de tal delito; atribuyendo la circunstancia de que el legislador no hubiera previsto un castigo adecuado para las mismas a una omisión involuntaria, que no debía traducirse en la impunidad del hecho ante la circunstancia de que hubiera sido cometido por una persona jurídica<sup>1347</sup>.

Pues bien, a pesar de este temprano pronunciamiento de un Tribunal Federal a favor de la posible responsabilidad penal de una persona jurídica por un delito de homicidio y del impulso que para el reconocimiento de la responsabilidad penal, en general, de estas entidades supondría, cinco años después, que el Tribunal Supremo Federal dictara sentencia en el caso *New York Central R. Co. v. United States*<sup>1348</sup>, los Tribunales estatales no siguieron sobre el particular una línea uniforme<sup>1349</sup>. Al respecto mantuvieron un debate intenso, derivado, en gran medida, de la forma en la que el legislador definía esta infracción legal que, para algunos, impedía su imputación a una persona jurídica. Tal debate no fue ajeno a ciertos prejuicios a la hora de extender la responsabilidad penal a los delitos *mala in se*<sup>1350</sup>.

Así nos encontramos, por un parte, que la posición sostenida en el caso *United States v. Van Schaick* fue la que siguió el Tribunal Supremo del Estado de New Jersey, en *State v. Lehigh Valley Railroad Co*<sup>1351</sup>. El Tribunal, enfrentado al problema de cómo el legislador definía el delito

---

<sup>1345</sup>Véase, Reilly, David J., «Murder, Inc.: The Criminal Liability...», cit., p. 384-385.

<sup>1346</sup>Véase, Reilly, David J., «Murder, Inc.: The Criminal Liability...», cit., p. 385.

<sup>1347</sup>Declaró el Tribunal: «is it to be concluded, simply because the given punishment cannot be enforced, that Congress intended to allow corporate carriers by sea to kill their passengers through misconduct that would be a punishable offense if done by a natural person? A corporation can be guilty of causing death by its wrongful act. It can with equal propriety be punished in a civil or criminal action. It seems a more reasonable alternative that Congress inadvertently omitted to provide a suitable punishment for the offense, when committed by a corporation, than that it intended to give the owner impunity simply because it happened to be a corporation». Véase, Edelman, Peter T., «Corporate Criminal Liability for Homicide: The Need to Punish...», cit., p. 198.

<sup>1348</sup>*New York Central R. Co. v. United States*, 212 U.S. 481 (1909).

<sup>1349</sup>Reilly, David J., «Murder, Inc.: The Criminal Liability...», cit., p. 129.

<sup>1350</sup>En este sentido, Brickey, Kathleen F., «Death in the Workplace: Corporate...», cit. p. 757-75; también Reilly, David J., «Murder, Inc.: The Criminal Liability...», cit., p. 130.

<sup>1351</sup>*State v. Lehigh Valley Railroad Co.*, 195 N.Y. 102, 88 N.E. 22 (1909).

de homicidio en el Código Penal de Nueva York, entendió que, aunque dicha definición implicaba que la muerte debía ser causada por otro ser humano, existía una tendencia en el Derecho Penal a no interpretar de manera tan inflexible las normas y que, por tanto, el término *person*, incluido en dicha definición, debía comprender tanto las personas físicas como los *bodies corporate*<sup>1352</sup>; añadiendo que no existía nada en la naturaleza, en los elementos del delito o en las características de su castigo, que impidiera que una persona jurídica pudiera ser criminalmente responsable por un delito de homicidio<sup>1353</sup>.

En sentido contrario, sin embargo, se pronunciarían los Tribunales de Nueva York en la resolución dictada en el caso *People v. Rochester Railway & Light Co*<sup>1354</sup>, en un supuesto de hecho relacionado con la instalación negligente de algunos dispositivos, que provocaron una fuga de gas y la muerte de una persona. En ella, el Tribunal, aún cuando se hizo eco de la doctrina que ya había sido establecida por el Tribunal Supremo Federal, en la sentencia *New York Central*, entendió que la forma en la que el delito de homicidio estaba definido en la norma estatal correspondiente -*the killing of one human being by the act, procurement or omission of another*- exigía que la muerte de la persona estuviera causada por otro ser humano, estimando la petición de archivo que había sido formulada por la compañía acusada, que era aquella para la que trabajaba la persona que había realizado la instalación<sup>1355</sup>.

La misma cuestión semántica fue la base utilizada por el Tribunal del Estado de Kentucky en el caso *Commonwealth v. Illinois Central Railroad Co.*<sup>1356</sup>, en el que una empresa de transporte había sido acusada de homicidio involuntario por la muerte de un pasajero, tras un accidente, producido, según sostenía la acusación, porque el tren iba a una velocidad completamente inadecuada<sup>1357</sup>. Al examinar, una petición de archivo, el Tribunal, en este caso, acudió a la forma en la que el *common law* definía el delito, porque no estaba tipificado expresamente en las leyes del Estado de Kentucky y entendió que dicha definición exigía que fuera una persona la que matara a otra<sup>1358</sup>. De esta forma, concluyó que, aún cuando las leyes del Estado preveían que el término *person* incluía también a las personas jurídicas, en el caso

---

<sup>1352</sup>Véase, Edelman, Peter T., «Corporate Criminal Liability for Homicide: The Need to Punish...», cit., p. 206.

<sup>1353</sup> Véase, Reilly, David J., «Murder, Inc.: The Criminal Liability...», cit., p. 388.

<sup>1354</sup>*People v. Rochester Railway & Light Co.*, 195 N.Y. 102, 88 N.E. 22 (1909).

<sup>1355</sup>Véase, Edelman, Peter T., «Corporate Criminal Liability for Homicide: The Need to Punish...», cit., p. 205-206.

<sup>1356</sup>*Commonwealth v. Illinois Central Railroad Co.*, 152 Ky. 320, 153 S.W. 459 (1913).

<sup>1357</sup>Clark, Glenn A., «Corporate Homicide: A New Assault on Corporate...», cit., p. 914.

<sup>1358</sup>Clark, Glenn A., «Corporate Homicide: A New Assault on Corporate...», cit., p. 914.

del delito de homicidio, aún cuando fuera involuntario, esta forma de entender el término le otorgaría, dijo el tribunal, a *tortured meaning*<sup>1359</sup>.

En el mismo sentido se pronunciaría años más tarde el Tribunal Supremo de Oregón en la sentencia *State v. Pacific Powder Co.*<sup>1360</sup>. Se trataba de un asunto relacionado con la muerte de una persona por la explosión de un camión que, cargado de explosivos, había sido desatendido por su conductor. Después de valorar la forma en la que el legislador definía las distintas clases de homicidio y, particularmente, las penas previstas para cada uno de ellos<sup>1361</sup>, se confirmó la decisión de archivo adoptada en primera instancia. También en este caso se concluyó, de conformidad con las leyes del Estado, que seguían la tradición del *common law*, que la compañía de transporte propietaria del camión no podía ser acusada de un delito de homicidio involuntario<sup>1362</sup>.

Ante estos últimos precedentes judiciales, poco a poco, a lo largo de los años 70 y 80, e impulsadoS por el desarrollo normativo en el campo de la protección de los consumidores y también de los trabajadores, los legisladores estatales fueron removiendo los obstáculos presentes en sus leyes penales para castigar a las personas jurídicas por las muertes negligentes de otras personas<sup>1363</sup>. Bien modificando los tipos penales para incluir a la personas jurídicas en la definición de *persons*, bien desarrollando un sistema general sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>1364</sup>.

Estas modificaciones, a su vez, fueron vistas por los Tribunales como una manifestación clara del legislador de expandir la responsabilidad penal de las personas jurídicas por el delito de homicidio<sup>1365</sup>, produciéndose un aumento considerable de las acusaciones penales por estos hechos.

---

<sup>1359</sup>Clark, Glenn A., «Corporate Homicide: A New Assault on Corporate...», cit., p. 914.

<sup>1360</sup>*State v. Pacific Powder Co.*, 226 Or. 502, 360 P.2d 530 (1961).

<sup>1361</sup>El delito de *maslaughter*, según destacaba el tribunal en su resolución, estaba castigado con una pena de prisión de no más de 15 años y una pena de multa de no más de 5.000 dólares.

<sup>1362</sup>Dijo el Tribunal: «it, therefore, seems to us quite clear that the legislature in enacting into law the common-law definition of homicide, although dividing it into degrees of murder and manslaughter, was considering only human derelictions from required normal behavior. The word "person" in the involuntary manslaughter statute, in our opinion, when considered in context, cannot, therefore, be construed to include corporations».

<sup>1363</sup>Reilly, David J., «Murder, Inc.: The Criminal Liability...», cit., p.131.

<sup>1364</sup>Brickey, Kathleen F., «Death in the Workplace: Corporate...», cit. p. 758. En la misma línea, Harbour, Laurel J. y Johnson, Natalya Y., «Can a Corporation Commit Manslaughther?...», cit., p. 5.

<sup>1365</sup>Reilly, David J., «Murder, Inc.: The Criminal Liability...», cit., p.132.



Un ejemplo claro de lo expuesto es la resolución dictada, en 1974, por el Tribunal Supremo de Nueva York en el caso *People v. Ebasco Servs*<sup>1366</sup>. En este supuesto, en el que varias compañías habían sido acusadas de un delito de homicidio imprudente por la muerte de dos trabajadores al derrumbarse la estructura metálica temporal en la que trabajaban, el Tribunal alcanzó una conclusión distinta a la alcanzada en la resolución dictada años atrás en el caso *People v. Rochester Railway & Light Co.*, según la cual las personas jurídicas no podían ser acusadas por un delito de homicidio imprudente. Para ello valoró que el legislador había modificado algunas normas del Código Penal del Estado, incluyendo una disposición, según la cual, el término *person* hacía referencia a un ser humano y también, cuando fuera apropiado, decía el texto, a una persona jurídica pública o privada; entendiendo a continuación que, tratándose de un delito de homicidio imprudente, no era inapropiado incluir a las personas jurídicas, como sí, lo sería, según el Tribunal, en el caso de que el término *person* se utilizara por ejemplo en relación a conductas sexuales prohibidas<sup>1367</sup>.

Un razonamiento similar, citando precisamente este caso, fue el seguido en *State v. Ford Motor Co.*<sup>1368</sup>, conocido como *Pinto Case*. En él, la compañía de automóviles *Ford* fue acusada de tres homicidios por imprudencia, después de que tres adolescentes murieran, al incendiarse su vehículo tras sufrir una colisión por alcance. La acusación se basaba en el hecho de que el incendio se había producido como consecuencia de determinados defectos en el diseño del depósito de combustible del vehículo que, a su vez, tenían su origen en ciertas decisiones de los ingenieros de la compañía para ahorrar costes de producción<sup>1369</sup>.

---

<sup>1366</sup>*People v. Ebasco Servs* 77 Misc., 2d 784 (1974).

<sup>1367</sup>Las palabras del Tribunal, que finalmente estimó el recurso por causas ajenas a las que estamos analizando, fueron las siguientes: «"Person" means a human being, and where appropriate, a public or private corporation." It is apparent from a reading of subdivision 7 of section 10.00 of the Penal Law that whenever the term "person" is used in the Penal Law it includes corporations, except in those instances in which inclusion of a corporation is obviously inappropriate. It would be manifestly inappropriate to apply the definition of "person" to corporation in regard to persons who might be seized and arrested (see *People v. P. A. J. Theater Corp.*, 72 Misc.2d 354) or persons who engage in proscribed sex offenses. (See Penal Law, § 130.00 *et seq.*) There is, however, no manifest impropriety in applying the broader definition of "person" to a corporation in regard to the commission of a homicide, particularly in view of the statement by the Court of Appeals in *People v. Rochester Ry. & Light Co.* (195 N.Y. 102, *supra*) that the Legislature is empowered to impose criminal liability upon a corporation for a homicide. Accordingly, the court concludes that although a corporation cannot be the victim of a homicide, it may commit that offense and be held to answer therefor».

<sup>1368</sup>*State v. Ford Motor Co.*, 47 U.S.L.W. 2514, 2515 (Ind. Super. Ct. 1979).

<sup>1369</sup>Véase al respecto, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 7.01 (versión electrónica)

La compañía de automóviles fue finalmente absuelta, tras la celebración del juicio correspondiente<sup>1370</sup>, porque no pudo probarse que, efectivamente, los ingenieros de la empresa hubieran incurrido en una conducta imprudente<sup>1371</sup>; pero una primera petición de archivo relacionada con la imposibilidad de que la compañía fuera acusada por homicidio imprudente fue rechazada. Para ello, el *trial judge* valoró, por un lado, que el Código Penal del Estado de Indiana preveía expresamente que las personas jurídicas podían ser acusadas por cualquier delito; y por otro, la decisión adoptada en el caso *People v. Ebasco Servs*, según la cual, no era inapropiado incluir a las personas jurídicas en la definición de *person* a los efectos del delito de homicidio<sup>1372</sup>.

Tan conocido y citado por los autores como el caso *State v. Ford Motor Co.* es el caso *People v. Film Recovery Systems Inc.*, del año 1985<sup>1373</sup>.

En él, la compañía *Film Recovery System Corporation*, que se dedicaba a extraer restos de plata de las placas de rayos X de las películas fotográficas<sup>1374</sup>, fue declarada culpable, junto con una compañía filial, por un tribunal del Estado de Illinois, de un delito de homicidio involuntario, mientras tres de sus directivos lo fueron por un delito de asesinato; y ello por la muerte de uno de sus trabajadores, concretamente, un inmigrante polaco indocumentado que murió por la inhalación de gases tóxicos mientras trabajaba en una planta de la compañía<sup>1375</sup>. Además, tanto la primera como los segundos fueron condenados por las lesiones que sufrieron otros catorce trabajadores de la empresa.

---

<sup>1370</sup>La compañía, para evitar el daño que una condena penal hubiera podido causar a su imagen, se gastó, en el proceso penal, aproximadamente, un millón de dólares, cuando la multa que le pudiera haber sido impuesta no superaba los 30.000 dólares. Véase, Spurgeon, Allen W. y Fagan Terence P., «Criminal Liability for Life...», cit., p. 426.

<sup>1371</sup>Tres fueron los problemas fundamentales que los fiscales encontraron en este caso y que impidieron que se acreditara tal extremo. El primero, muchos documentos internos de la compañía no apoyaban el hecho de que los ingenieros hubieran tenido conocimiento de la decisión tomada sobre el depósito del vehículo. En segundo lugar, no pudieron probar que la reacción de la compañía ante los primeros informes sobre la falta de seguridad del vehículo fuera inadecuada, porque, dicha reacción cumplió las exigencias de la regulación federal. En tercer lugar, las circunstancias del accidente conducían a concluir que, aun cuando se hubieran tomado más medidas de seguridad, el desenlace fatal se hubiera producido igualmente. Véase, Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, cit., § 7.01 (versión electrónica).

<sup>1372</sup>Véase, Clark, Glenn A., «Corporate Homicide: A New Assault...», cit., p. 920.

<sup>1373</sup>Brickey sostiene que el veredicto de este caso sacudió profundamente al mundo de los negocios. Véase, Brickey, Kathleen F., «Death in the Workplace: Corporate...», cit. p. 75. Para Edelman, esta resolución animó a los fiscales de todo el país a formular cargos contra las compañías en supuestos similares. Véase, Edelman, Peter T., «Corporate Criminal Liability for Homicide: The Need to Punish...», cit., p. 193.

<sup>1374</sup>Véase, Bixby, Michael B. «Workplace Homicide: Trends, Issues, and Policy», *70 Or. L. Rev.* 333 (1991), p. 336.

<sup>1375</sup>Véase, Brickey, Kathleen F., «Death in the Workplace: Corporate...», cit. p. 753.

La acusación de asesinato de los directivos de la compañía se basaba, en síntesis, en que, actuando en esta condición y también como individuos, habían aceptado conscientemente la alta probabilidad de que se produjera la muerte del trabajador, pues no le comunicaron que estaba trabajando con productos tóxicos, no le dieron instrucciones precisas para su manejo y, además, no le facilitaron el equipo de protección adecuado para el desempeño de su labor<sup>1376</sup>. La acusación por homicidio involuntario a la compañía, por su parte, se amparaba en el hecho de que había realizado o autorizado las acciones u omisiones de los anteriores, al actuar estos como directivos de la misma<sup>1377</sup>. Una y otros fueron finalmente condenados en primera instancia, y cada uno de ellos por los delitos expuestos.

Respecto a la entidad, se concluyó que había tolerado imprudentemente que sus directivos gestionaran el negocio de una manera que había conducido a la muerte de una persona y la lesión de otras<sup>1378</sup>. En cuanto a los directivos, cuya condena fue una auténtica novedad pues se basaba en un delito de los considerados violentos, que nada tenía que ver con los *white collar crimes* que, de ordinario, solían imputarse a los mismos<sup>1379</sup>, se declaró probado que conocían los efectos nocivos de los productos utilizados en la planta y que aun así no adoptaron las medidas pertinentes<sup>1380</sup>. Este conocimiento justificaba su condena por un delito de *murder* que, de conformidad con la normas estatales correspondiente, no exigía la prueba de que hubiera existido intención de matar, bastando que la persona conociera que existía una alta probabilidad de que su comportamiento provocara la muerte a otra persona<sup>1381</sup>.

El hecho de que la entidad fuera condenada por un delito de homicidio imprudente y sus directivos por un delito diferente, el de asesinato, fue el principal motivo de impugnación que se

---

<sup>1376</sup>Véase, *People v. O'Neil*, 194 Ill. App.3d 79 (1990) 550 N.E.2d 1090, que es la resolución del Tribunal de Apelación del Estado que estudió el correspondiente recurso de apelación.

<sup>1377</sup>Véase, Brickey, Kathleen F., «Death in the Workplace: Corporate...», cit., p. 774. De conformidad con las normas del Estado, una persona que, sin intención, matara a un individuo, sin justificación legal, cometía un delito de homicidio involuntario, siempre que los actos que hubieran conducido a dicha muerte se hubieran realizado negligentemente y fuera probable que este resultado se produjera. Además, tales normas preveían expresamente que el término *person* incluía «an individual, public or private corporation, government, partnership, or unincorporated association». Véase, Brickey, Kathleen F., «Death in the Workplace: Corporate...», cit., p. 760.

<sup>1378</sup>Véase, Brickey, Kathleen F., «Death in the Workplace: Corporate...», cit., p. 775. Sobre la culpabilidad de la entidad, declaró el juez: «the mind and mental state of a corporation is the mind and mental state of the directors, officers and high managerial personnel because they act on behalf of the corporation for both the benefit of the corporation and for themselves; and if the corporation's officers, directors and high managerial personnel act within the scope of their corporate responsibilities and employment for their benefit and for the benefit of the profits of the corporation, the corporation must be held liable for what occurred in the work place».

<sup>1379</sup>Samuels, Anne D., «Notes, Reckless Endangerment of an Employee: A proposal in the Wake of Film Recovery System to make the Boss Responsible for his Crimes», 20 *U. Mich. J.L. Reform* 873 (1987), p. 877.

<sup>1380</sup> Véase, Samuels, Anne D., «Notes, Reckless Endangerment of an Employee: A proposal...», cit., p. 877.

<sup>1381</sup>Véase, Bixby, Michael B., «Workplace Homicide: Trends...», cit., p. 337.

sostuvo en el correspondiente recurso de apelación. Los condenados alegaron que esta divergencia era incoherente, porque la persona jurídica actuaba precisamente a través de sus directivos, de manera que, «la mente y la culpabilidad de la corporación eran las de su Consejo de administración y altos directivos»<sup>1382</sup>. Además, sostuvieron que ambas condenas estaban basadas, en definitiva, en el mismo comportamiento, que era el de estos últimos<sup>1383</sup>.

El Tribunal de apelación estimó estas alegaciones y revocó la condena. Partiendo de que uno y otro delito exigían lógicamente un diferente *state of mind*, en el caso de autos la responsabilidad de la persona jurídica se había basado precisamente, según dicho órgano, en los actos realizados por las personas físicas también acusadas y condenadas, por lo que resultaba incoherente que la misma respondiera por un delito distinto. Ninguna prueba se había practicado que no estuviera destinada precisamente a probar su comportamiento, que era a su vez el que sustentaba la acusación contra la empresa<sup>1384</sup>.

En definitiva, la revocación no se basó en la imposibilidad de poder imputar a la persona jurídica el delito de homicidio, sino en la imposibilidad de atribuirle un *state of mind* distinto del que había sido atribuido a sus directivos. Lo que nos conduce a pensar que si la entidad hubiera sido condenada por la misma infracción penal, dicha condena, aun cuando lo fuera por un delito de asesinato hubiera podido ser confirmada. Ningún argumento se expone en la sentencia de apelación que permita concluir que tal infracción penal no pudiera ser imputada a la persona jurídica.

La línea marcada en los años 80 por los casos que hemos analizado, que alcanzaron en su momento gran repercusión, se ha mantenido hasta nuestros días, de manera que en la mayoría de las jurisdicciones estatales es posible acusar a las personas jurídicas por el delito de homicidio imprudente<sup>1385</sup>.

---

<sup>1382</sup>«The mind and mental state of a corporation are the collective mind and mental state of its board of directors or high managerial agents». Véase, *People v. O'Neil*, 194 Ill. App. 3d 79 (1990) 550 N.E.2d 1090.

<sup>1383</sup>De conformidad con las normas del Estado, una persona jurídica podía ser responsable por los actos de sus directivos -*board of directors, high managerial agents*- o de aquellos de sus *agents* que tuvieran una autoridad similar para definir la política de la empresa o supervisar a otros empleados subordinados, cuando éstos actuaran en el ámbito de sus competencias. Véase, Brickey, Kathleen F., «Death in the Workplace: Corporate...», cit., p. 774.

<sup>1384</sup>Concluyó el Tribunal de apelación: «therefore, we find no basis in the record upon which to conclude that the conduct of a high managerial agent, apart from that of the individual defendants found guilty of murder, could provide the basis for establishing criminal responsibility against the corporate defendants for Golab's death. And, because the same conduct is used to support offenses which have mutually exclusive mental states, we conclude the judgments rendered for both offenses are legally inconsistent».

<sup>1385</sup>Para un listado de casos, véase, Harlow, James W., «Notes. Corporate Criminal Liability for Homicide...», cit., p. p. 113-144. Cabe indicar asimismo que si la muerte se produce como consecuencia de la infracción de una

También lo es en la Jurisdicción Federal.

En noviembre del año 2012, la compañía *BP* que había provocado, dos años antes, en el golfo de Méjico, uno de los vertidos de petróleo más importantes de la historia, de consecuencias desastrosas, alcanzaba un acuerdo con la Fiscalía por el que se declaraba culpable, además de por varios delitos contra el medio ambiente y un delito de obstrucción a la Justicia, de siete delitos de homicidio imprudente –*seaman's manslaughter*–, por las muertes que la explosión había causado. El *seaman's manslaughter* es un delito federal, previsto en el capítulo 50 del título 18 del *U.S. Code*, que castiga con pena de multa y prisión de hasta diez años a todos los capitanes, ingenieros, pilotos o cualquier otra persona empleada en un buque que, por negligencia o desatención de sus obligaciones, provoque la muerte de otro<sup>1386</sup>.

En el escrito de acusación formulado contra la compañía británica, la Fiscalía sostenía que, a través de dos de sus empleados, encargados de la seguridad de las operaciones, había sido consciente de los fallos que se estaban produciendo en algunas de las instalaciones (concretamente los problemas afectaban a una de las *drill pipe*) de la plataforma petrolífera y que, aun así, no adoptó las medidas necesarias, infringiendo con ello el deber de cuidado que le correspondía<sup>1387</sup>. Este comportamiento negligente fue según el Ministerio Público, el que dio lugar a la explosión y con ello a las muertes de varios trabajadores y al vertido de petróleo.

### III. UNA PROPUESTA

De conformidad con lo expuesto en los epígrafes anteriores, en los Estados Unidos, las personas jurídicas «*can kill*», y consecuentemente pueden ser condenadas por ello. Salvadas las iniciales dificultades derivadas particularmente de la manera en la que el legislador tipificaba el delito de homicidio, los Tribunales se han pronunciado claramente a favor de exigir responsabilidad penal por el delito de *involuntary manslaughter*.

---

normativa federal, por ejemplo, como ocurre frecuentemente, por la infracción de las normas de seguridad en el trabajo previstas en la *Federal Occupational Safety Health Act* de 1970 (OSHA) se pueden plantear algunas cuestiones relacionadas con la jurisdicción competente y con la posibilidad de que el Derecho federal se aplique o no preferentemente al estatal. Al respecto, véase, Spehl, Stephan y Gruetzner, Thomas, *Corporate Internal Investigations: Overview of 13 Jurisdictions*, cit., § 1.07 (versión electrónica).

<sup>1386</sup>La *Seaman's Manslaughter Statute* fue aprobada en 1838 en respuesta a las numerosas muertes ocurridas como consecuencia de explosiones en los barcos de vapor y precisamente por ello cayó en desuso durante el siglo XX. Durante el siglo XXI, sin embargo, ha vuelto a utilizarse en algún supuesto, entre ellos, el vertido del Golfo de Méjico. Véase, Parrish, Robert B., Sullivan, Thomas C. y Moser, Shea M., «Criminalization of Maritime Casualties Circa 2013», 87 *Tul. L. Rev.* 995 (2013), p. 1011.

<sup>1387</sup>El escrito puede consultarse en <http://www.justice.gov/iso/opa/resources/73920121115143627533671.pdf>.

La doctrina, por su parte, cuando se plantea la conveniencia de este tipo de persecuciones penales, más que negar la posibilidad de que las personas jurídicas puedan cometer este delito, plantea cuestiones de relevancia práctica, relacionadas principalmente con la eficacia real del Derecho Penal en este campo; valorando la existencia de otras vías alternativas, particularmente, las de naturaleza civil, que permiten compensar suficientemente el daño producido, mediante la fijación, en los supuestos más graves, de elevadas indemnizaciones en concepto de daños punitivos.

Desde nuestra perspectiva, un modelo de responsabilidad penal basado en la responsabilidad por hecho de otro, como sería el basado en la doctrina del *respondeat superior*, no impide que la persona jurídica responda por este delito cuando, como cualquier otro, sea cometido por cualquier representante o empleado de la persona jurídica, que actúa en su nombre y para beneficiarla.

Las dificultades que su imputación puede plantear, particularmente, la conclusión de que concurre el *state of mind* exigido a estos efectos deriva del modelo de imputación vigente y es común a todas las infracciones penales. Así, en ocasiones, es preciso acudir a algunas fórmulas alternativas para atribuir la culpabilidad a la persona jurídica en los supuestos de infracciones dolosas, cuando, por ejemplo, el elemento subjetivo exigido por la norma no concurre en una persona física concreta y determinada. En este punto nos gustaría recordar que algunos autores, como Lederman, al examinar la doctrina del *collective knowledge*<sup>1388</sup>, que es, precisamente, una de estas fórmulas alternativas, que permite «sumar» el conocimiento disperso entre varios representantes o empleados de una persona jurídica, entendían que la misma debería ser también aplicable en los casos de delitos imprudentes, aunque reconocía la ausencia de precedentes judiciales sobre el particular.

Pues bien, en un intento de salvar estas dificultades y, en general, de despejar cualquier duda sobre si las personas jurídicas pueden ser responsables del delito de homicidio<sup>1389</sup>, ha de situarse la propuesta de autores como Harlow.

---

<sup>1388</sup>Lederman, Eli, «Models for Imposing Corporate Criminal...», cit., p. 663.

<sup>1389</sup>Véase la sentencia dictada en el año 2010, por el Tribunal de apelación del Estado de Arizona, en el caso *State v. Far West Water & Sewer In.*, 228 P.3d 909 (2010), donde la compañía, condenada por la muerte de un trabajador, presentó durante el juicio, como explica el Tribunal de apelación en su sentencia, un moción para que se desestimara su acusación, alegando que no podía ser considerada como *person* a los efectos del delito de *manslaughter* por el que había sido acusada, porque solo los seres humanos podían ser responsables de esta infracción penal.

Este autor<sup>1390</sup> propone la creación de un nuevo delito, denominado *corporate homicide*, que sería aplicable cuando se imputara a una persona jurídica la muerte de un tercero, fuera uno de sus trabajadores, un consumidor o cualquier otra persona con la que dicha entidad interactuara. Concretamente, según su propuesta, estas entidades serían culpables de dicho delito cuando, a través de las acciones u omisiones de un propietario, de un *management official* u otro individuo que ocupara similar situación, crearan o toleraran alguna situación que supusiera un manifiesto desprecio por la vida humana y causara la muerte de una persona. Si la entidad actuó *knowingly* estaríamos ante un homicidio en primer grado; y si lo hizo *recklessly or negligently* estaríamos ante un homicidio de segundo grado.

Además, para establecer la responsabilidad de la persona jurídica por este delito se debería valorar si previamente se le había comunicado la existencia de alguna infracción legal relacionada con la causa de la muerte y las posibles políticas o prácticas corporativas seguidas en su seno.

Esta propuesta se inspira, sin duda, en la *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act* aprobada en el año 2007 en el Reino Unido. Esta norma crea un nuevo delito que se denominará, en Inglaterra y Gales, *Corporate manslaughter* y en Escocia, *Corporate Homicide*, y por él responderán las personas jurídicas<sup>1391</sup>, cuando la forma en la que sus actividades estén siendo dirigidas u organizadas por sus directivos, suponga una infracción grave del deber de cuidado que, sobre determinadas personas, corresponde a tales entidades, provocando así la muerte de una de ellas. Estas personas con respecto a las cuales la entidad tiene ese especial deber de cuidado, son, según la norma, entre otras, los ocupantes de sus instalaciones, sus empleados o los destinatarios de sus bienes o servicios.

Se instaura así un modelo puro de responsabilidad por hecho propio donde la persona jurídica responde por el delito de homicidio imprudente cuando el resultado de muerte tenga su origen, precisamente, en el hecho de que sus actividades no hayan sido debidamente organizadas y dirigidas para evitarlo.

---

<sup>1390</sup>Véase, Harlow, James W., «Notes. Corporate Criminal Liability for Homicide...», cit., p. p. 153-165.

<sup>1391</sup>Se incluyen, concretamente, en el ámbito de la norma las *corporations*, las *partnership*, los organismos y departamentos públicos en ella enumerados; los cuerpos policiales, los sindicatos y las organizaciones empresariales que tengan empleados.

En este sentido, tanto la norma como la propuesta doctrinal de Harlow, que se inspira en ella, resultan interesantes, precisamente porque ambas tratan de ampararse en una culpabilidad de la propia organización, ajena a la de las personas físicas que la conforman; de manera que si dicho déficit organizativo no existiera, la persona jurídica debería ser absuelta. Lo que, por otro lado, no debería ser exclusivo del delito de homicidio, sino que debería ser aplicable a cualquier delito.

La exigencia de la presencia de ese déficit organizativo permitiría, además, que la persona jurídica pudiera ser condenada por un delito de homicidio imprudente, independientemente de cuál fuera la infracción penal que, en su caso, le fuera imputable a algún integrante de la misma, que incluso, podría ser condenado por un delito más grave. Se salvarían así las dificultades que se plantearon en el caso *Film Recovery System Corporation*.

En realidad, si valoramos de nuevo las conclusiones que se alcanzaron, en primera instancia, en este caso, podemos inferir que se quiso distinguir, aún cuando no se expresara con la debida claridad, entre la responsabilidad que correspondía a los directivos acusados, por los actos que ellos mismos habían realizado como personas físicas, y cuál era la que correspondía a la entidad, y no por haber realizado tales actos a través de ellas, sino por haberlos consentido o tolerado como organización; de ahí que se «graduara» la culpabilidad de unas y otra, y se castigara a los directivos por un delito de asesinato y a la entidad por un delito de homicidio imprudente.





## CAPÍTULO DECIMOTERCERO. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL MARCO DE LA *FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT*

### I. LA *FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT*

#### 1. Introducción

La *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)* fue aprobada en 1977 por el Congreso Federal de los Estados Unidos con dos finalidades fundamentales: evitar que sus ciudadanos y sus empresas emplearan prácticas corruptas para obtener o conservar negocios en terceros países; y procurar que la contabilidad de las últimas reflejara fielmente su situación económica.

De esta manera se trataba de responder a los resultados de las investigaciones realizadas por la *Securities and Exchange Commission*, tras los escándalos relacionados con el caso *Watergate*, que habían puesto de manifiesto que el soborno de funcionarios extranjeros era una práctica extendida entre las compañías norteamericanas que operaban fuera del país<sup>1392</sup>. Concretamente, según estas indagaciones, más de 400 compañías habían gastado en ello cientos de millones de dólares, utilizando además fondos ocultos que no figuraban en su contabilidad<sup>1393</sup>. Entre estas empresas, unas 117, que se dedicaban a los más variados negocios, figuraban entre las 500 más importantes del país, según la revista *Fortune*<sup>1394</sup>.

Al aprobar la *FCPA*, los Estados Unidos se convirtió en el primer país en prohibir este tipo de prácticas; y, simultáneamente, impulsó que otros países tomaran medidas similares para que las compañías americanas no quedaran en situación de desventaja respecto a sus competidores en el extranjero. Así en 1987, tras la primera modificación que se realizó en la norma, introduciéndose dos *affirmative defenses*, sobre las que luego volveremos, el Congreso

---

<sup>1392</sup>Aunque el núcleo del escándalo *Watergate* fue el allanamiento de la sede central del Partido Demócrata, lo que el entonces *Enforcement Chief* de la SEC, Stanley Sporkin, encontró realmente interesante fue el descubrimiento de que ejecutivos de grandes compañías habían realizado contribuciones ilegales a la campaña de reelección del presidente Nixon, que no figuraban en los libros de contabilidad correspondiente y que procedían de cuentas y fondos secretos. Las investigaciones subsiguientes pusieron de manifiesto, además, que estas cuentas y fondos habían sido también utilizadas para el pago de sobornos. Los resultados de esta investigación inicial fue lo que motivó que la SEC decidiera continuar las indagaciones. Véase, Thompson, Larry D., «In-Sourcing Corporate Responsibility for Enforcement of the Foreign Corrupt Practices Act», 51 *Am. Crim. L. Rev.* 199 (2014), p. 201; Bixby, Michael, «The Lion Awakens: The Foreign Corrupt Practices Act 1977 to 2010», 12 *San Diego Int'l L.J.* 89 (2010), p. p. 92-93. También, Feld, Kayla, «Controlling the Prosecution of Bribery: Applying Corporate Law Principles to define a "foreign official" in the Foreign Corrupt Practices Act», 88 *Wash. L. Rev.* 245 (2013), p. 246.

<sup>1393</sup>Véase sobre el particular el informe elaborado por la SEC en mayo de 1976, con el título *Report of the Securities and Exchange Commission on Questionable and Illegal Corporate Payments and Practices*.

<sup>1394</sup>Westbrook, Amy Deen, «Enthusiastic Enforcement, Informal Legislation: The Unruly Expansion of the Foreign Corrupt Practices Act», 45 *Ga. L. Rev.* 489 (2011), p. 500.

Federal instó al Presidente a iniciar las negociaciones pertinentes para la adopción de un tratado internacional en esta materia; que finalmente culminarían con la aprobación, en 1997, en el marco de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), del Convenio de lucha contra la corrupción de agentes extranjeros en las transacciones comerciales internacionales<sup>1395</sup>.

La aprobación de este Convenio daría lugar a una segunda modificación de la norma estadounidense, que tendría lugar en 1998, con el fin de adaptarla a sus previsiones, y que supondría, particularmente, la ampliación del círculo de sus destinatarios.

No obstante lo expuesto, durante los primeros 25 años de su vigencia, la aplicación de la *FCPA* fue bastante moderada<sup>1396</sup>. Entre los años 1978 y 2000, el número de persecuciones penales al amparo de la misma no superó las dos o tres por año. En 1980, algún autor destacaba que el Departamento de Justicia había ordenado a los fiscales no iniciar este tipo de investigaciones sin el visto bueno de Washington, para así no «molestar» a ningún gobierno extranjero y perjudicar los negocios de las empresas americanas<sup>1397</sup>.

A partir del año 2000, sin embargo, la tendencia cambia radicalmente, y el número de investigaciones amparadas en las disposiciones de la *FCPA* aumenta espectacularmente<sup>1398</sup>.

---

<sup>1395</sup>Véase, Thompson, Larry D., «In-Sourcing Corporate Responsibility for Enforcement of the Foreign...», cit., p. 201; Westbrook, Amy Deen, «Enthusiastic Enforcement, Informal Legislation...», cit., p. 501; Bixby, Michael, «The Lion Awakens: The Foreign Corrupt...», cit., p. p. 98-99; Trautmant, Lawrence J. y Altenbaumer-Pricett K., «The Foreign Corrupt Practices Act: Minefield for Directors», *Va. L. & Bus. Rev.* 145 (2011), p. 157. También, la *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, publicada por el Departamento de Justicia y por la *Securities and Exchange Commission*, en noviembre del año 2012, p. 3. Ya hemos mencionado en este trabajo la existencia de esta guía y cómo la misma pretende dar pautas en la aplicación de la ley. Después volveremos sobre ella.

<sup>1396</sup>En este sentido, en general, sobre la evolución en la aplicación de la *FCPA*, véase, Bixby, Michael, «The Lion Awakens: The Foreign Corrupt...», cit. p. p. 102-109; también, Westbrook, Amy Deen, «Enthusiastic Enforcement, Informal Legislation: The Unruly Expansion...», cit. p. p. 522- 525; Trautmant, Lawrence J. y Altenbaumer-Pricett K., «The Foreign Corrupt Practices Act...», cit., p. p. 158- 164; Jonkers, Reid, «Recent Trends in FCPA Enforcement», *Env'tl. & Energy L. & Pol'y J.* 297 (2009), p. p. 299-301; Huskins, Priya C., «FCPA Prosecutions: Liability Trend to Watch», 60 *Stan. L. Rev.* 1447 (2008), p. p. 1449- 1451.

<sup>1397</sup>Larson, William, «Note. Effective Enforcement of the Foreign Corrupt Practices Act», 32 *Stan. L. Rev.* 561 (1980), p. 569; también, Krever, Tor, «Curbing Corruption? The Efficacy of the Foreign Corrupt Practices Act», 33 *N.C.J. Int'l L. & Com. Reg.* 83 (2007), p. 93.

<sup>1398</sup>En este sentido, véase, Bonstead, Chad, «Removing the FCPA Facilitation Payments Exception: Enforcement tools for a cleaner business as usual», 36 *Hous. J. Int'l L.* 503 (2014), p. 505; Mclean, Nicholas M., «Cross-National Patterns in FCPA Enforcement», 121 *Yale L. J.* 1970 (2012), p. 1977; Bixby, Michael, «The Lion Awakens: The Foreign Corrupt...», cit., p. 104; también, Westbrook, Amy Deen, «Enthusiastic Enforcement, Informal Legislation...», cit., p. 522; Trautmant, Lawrence J. y Altenbaumer-Pricett K., «The Foreign Corrupt Practices Act...», cit., p. 158; Jonkers, Reid, «Recent Trends in FCPA ...», cit., p. 299; Huskins, Priya C., «FCPA Prosecutions: Liability Trend ...», cit., p. 1449.

Varias son las razones que, según los autores, explican este cambio de tendencia<sup>1399</sup>: el aumento del comercio y las inversiones internacionales<sup>1400</sup>; la influencia del Convenio de la OCDE al que hemos hecho referencia, y que ha sido seguido por otros tratados y convenios internacionales en este campo; y especialmente, la respuesta de las autoridades a los nuevos escándalos financieros que sacudieron al país en los primeros años del siglo XX.

Efectivamente, la caída de gigantes como *Enron* y *World-Com* provocó que, en el año 2002, se aprobara la *Sarbanes-Oxley Act*, que ha contribuido al apogeo de la *FCPA*, al aumentar la información que las entidades están obligadas a facilitar a las autoridades; al exigir que sus cuentas estén certificadas por la dirección, que normalmente, como los auditores, responderá de su exactitud; y al proteger al *whistleblower*, esto es, al informante interno que denuncia irregularidades a las autoridades<sup>1401</sup>.

Desde el año 2004, la *SEC* ha contratado a cientos de personas para vigilar el cumplimiento de la norma, en el Departamento de Justicia existen dos fiscales que se ocupan exclusivamente de estos casos y el *FBI* ha creado una unidad especial para este tipo de investigaciones. Las propias autoridades anunciaron que iban a vigilar más cuidadosamente que nunca el cumplimiento de sus disposiciones<sup>1402</sup>.

El *US Chamber Institute for Legal Reform*, en un informe elaborado en el año 2010, con el título *Restoring Balance, Proposed Amendments to the Foreign Corrupt Practices Act*, ponía de manifestó la preocupación de la comunidad empresarial ante el aumento de las persecuciones penales por violaciones de la *FCPA*, y ante la actitud «agresiva» de la Fiscalía en determinados casos. Tendencia que entendía iba a continuar, fortalecida por dos hechos: las disposiciones contenidas en la *Dodd-Frank Act* de 2010 dirigidas a proteger y favorecer aún más la figura del *whistleblower*, al que se le recompensa incluso económicamente<sup>1403</sup>; y, por la

---

<sup>1399</sup>Véase, Mclean, Nicholas M., «Cross-National Patterns in FCPA ...», cit., p. p. 1977-1978; también, Bixby, Michael, «The Lion Awakens: The Foreign Corrupt...», cit., p. p. 1115-1121.

<sup>1400</sup>La influencia del aumento de las transacciones comerciales con algunos países concretos, como China, que tradicionalmente ha tenido importantes problemas con la corrupción, también ha sido objeto de atención. Véase al respecto, Warin, Joseph, Diamant, Michael S. y Pfenningt, Jill M., «FCPA Compliance in China and the gifts and Hospitality Challenge», 5 *Va. L. & Bus. Rev.* 33 (2010), con cita de algunos de los casos seguidos en los últimos años contra compañías americanas por delitos cometidos en ese país; también Koehler, Mike, «Unique FCPA Compliance Challenges of Doing Business in China», 25 *Wis. Int'l L. J.* 397 (2007).

<sup>1401</sup>Véase, Westbrook, Amy Deen, «Enthusiastic Enforcement, Informal Legislation...», cit., p. p. 515-516.

<sup>1402</sup>Bixby, Michael, «The Lion Awakens: The Foreign Corrupt...», cit., p. 104.

<sup>1403</sup>En esta línea, véase, Hansberry, Heidi L., «Comments. In spite of its good intentions, the Dodd-Frank act has creates an FCPA Monster», 102 *J. Crim. L. & Criminology* 195 (2012), que explica el efecto que, en su opinión, las protecciones que otorga esta norma al informante interno puede tener sobre el aumento de denuncias por

aprobación por el Reino Unido, ese mismo año, de la *Bribery Act*, aún más exigente que la *FCPA*, y que podía provocar que las autoridades americanas ejercieran más presión sobre las empresas para no perder, en este campo, influencia, a favor de los británicos<sup>1404</sup>.

En la misma línea, se pronunciaban, en junio del 2011, los miembros del Subcomité sobre Crimen, Terrorismo y Seguridad interior de la Cámara de Representantes, antes de dar comienzo a una serie de audiencias celebradas, precisamente, sobre la *Foreign Practice Act*. Así ponían de manifiesto el aumento de persecuciones penales por violaciones de las prohibiciones de la *FCPA*, que se había producido en los últimos años, hasta el punto de que en los Estados Unidos se habían investigado más casos de este tipo que en todos los demás 38 países miembros del Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes extranjeros en las transacciones comerciales internacionales<sup>1405</sup>. Algo que, según expresaba el Comité, había despertado preocupación en el mundo empresarial y del Derecho, porque entendían que, en ocasiones, estas acusaciones eran injustas, dañaban a las compañías americanas y, en última instancia, perjudicaban a la economía del país, pues desincentivaban la realización de negocios en el extranjero, al colocar a estas empresas en una situación de desventaja respecto a otras no sometidas a la misma<sup>1406</sup>.

No parecía ser ésta, sin embargo, la percepción de la Fiscalía que, ante dicho Comité, se mostraba literalmente «orgullosa» de la labor realizada.

De hecho, el Departamento de Justicia publicaría, junto a la *Securities and Exchange Commission*, en noviembre del año siguiente, la denominada *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, con la intención, según ella misma declara, de facilitar a los individuos y a las empresas, cualquiera que fuera su tamaño, información útil sobre la norma; una información que se aporta, desgranando su contenido e interpretando los términos que en ella se incluyen, para que sus destinatarios pueda conocer con mayor exactitud qué comportamientos pueden dar

---

vulneraciones de la *FCPA*; unas protecciones que incluyen su anonimato, además de las recompensas económicas ya señaladas, calculadas sobre determinados porcentajes de las cantidades finalmente fijadas en concepto de multas. Sobre cómo pueden dirigirse estas personas a las autoridades, véase la *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, cit., p. 82-83.

<sup>1404</sup>Véase, Weissmann, Andrew y Smith, Alixandra, *Restoring Balance. Proposed Amendments to...*, cit.

<sup>1405</sup>Más del 70% de las acusaciones penales basadas en este tipo de infracciones se formulan en los Estados Unidos. El segundo país en la persecución de las mismas, es el Reino Unido, al que se le atribuye un 4,3% del total. Véase, Funk, Markus T. y Clark, Assad H., «Whistleblowers: The SEC Releases Whistleblower bounty rules...», cit., p. 131.

<sup>1406</sup>Véanse las transcripciones correspondientes, publicadas por la *U.S. Government Printing Office Washington* y concretamente, la de la sesión de 14 de junio de 2011.

lugar a la exigencia de responsabilidad. Además, esta guía expone cuáles son los criterios que tanto el Departamento de Justicia como la *Securities and Exchange Commission*, como órganos encargados de su ejecución, habrán de valorar para la exigencia de dicha responsabilidad<sup>1407</sup>, entre ellos, particularmente, la implementación de una programa de *compliance* adecuado y eficaz para prevenir y detectar las prácticas ilícitas prohibidas por la norma<sup>1408</sup>.

En definitiva, estamos ante una norma de plena actualidad<sup>1409</sup>, que parece «tener más salud que nunca»<sup>1410</sup>, y que afecta de lleno a la posible exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas, puesto que son, en la actualidad, los actores principales de la realidad económica a la que la misma se dirige. Cualquier disposición que tratara de perseguir conductas como las descritas en la *FCPA*, y dejara al margen a estas entidades, y con ello a las grandes corporaciones, quedarían sin duda vacía de contenido

No obstante cabe indicar que, desde un principio, la intención de la Fiscalía ha sido también perseguir con base en esta norma a las personas físicas. Mark Mendelsohn, *Deputy Chief*, durante varios años, de la Sección contra el Fraude del Departamento de Justicia, decía en una entrevista, en el año 2009: «para lograr el efecto disuasorio por el que estamos

---

<sup>1407</sup>Para Mike Koehler, la publicación de la *FCPA Guide*, justo en este momento, responde también a un intento de prevenir cualquier cambio en la ley; cambio que se reclama precisamente desde ese sector empresarial que critica el excesivo rigor de la misma y cuya posibilidad quedó de manifiesto tras las audiencias celebradas en el Congreso en junio de 2011. Véase, Mike, Koehler, «Grading the Foreign Corrupt Practices Act Guidance», 7 *White Collar Crime Report* 961 (dic. 2012).

<sup>1408</sup>Sobre la génesis y desarrollo de esta guía, no exenta de críticas, véase, Pollack, Barry J. y Wartanian, Reisinger, Annie, «Lone Wolf or the Start of a New Pack. Should the FCPA Guidance Represent a New Paradigm Evaluating Corporate Criminal Liability Risk?», 51 *Am. Crim. L. Rev.* 121 (2014).

<sup>1409</sup>En este sentido y para pulsar cuál es el estado de la cuestión, véase, V.V. A.A., *The Sixth Annual National Institute on the Foreign Corrupt Practices Act 2013*, American Bar Association, Criminal Section, 2013; V.V. A.A. *White Collar Crime 2014*, sección E, American Bar Association, Criminal Section, 2014. Asimismo en general sobre la aplicación de este texto legal, véase, Tarum, Robert, W., *The Foreign Corrupt Practice Act Handbook*, American Bar Association, 3ª ed., 2013; O'Melveny & Myers LLP, *Foreign Corrupt Practices Act. An O'Melveny Handbook*, 7ª ed., (2013); Arkin, Stanley S., *Business Crime: Criminal Liability of the Business Community*, Matthew Bender & Company Inc., 2013, § 18 (versión electrónica); Obermaier, Otto G. y Morvillo, Robert G., *White Collar Crime: Business and Regulatory Offense White Collar Crime*, ALM Media Properties LLC, 2013, §16 (versión electrónica); Abikoff, Kevin T., *Corporate governance: avoiding and responding to misconduct*, cit., § 18 (versión electrónica); Weisman, Miriam, F., *Corporate Crime & Financial Fraud*, cit., p. p. 114-136.

<sup>1410</sup>Durante el año 2013 y principios de 2014, el Departamento de Justicia y la SEC han cerrado tres de los casos más importantes en la historia de la aplicación de la ley, en lo que a cantidades de dinero se refiere. En mayo de 2013, el gigante francés del petróleo y del gas, *Total, S.A.*, pagó un total de 398 millones de dólares para poner fin a las acciones penales dirigidas contra él. En noviembre de 2013, fue la compañía con base en Suiza, *Weatherford International* quien, con la misma finalidad, abonó un total de 152 millones de dólares. En enero de 2014, fue el turno de *Alcoa Inc.* que hizo frente a un importe de 384 millones de dólares en sanciones, también para evitar ser acusada penalmente. En definitiva, la aplicación de la FCPA continúa siendo una prioridad. Gorman, Thomas O., «Emerging Trends in FCPA enforcement», 37 *Fordham Int'l L.J.* 1193 (2014), p. 1196. En el mismo sentido, y ofreciendo también datos detallados sobre las acciones amparadas en esta norma en los últimos tiempos, Koehler, Mike, «A Foreign Corrupt Practice...», cit., p. p. 964-969; Ashcroft, John y Ratcliffe, John, «The Recent and Unusual Evolution of an Expanding FCPA», 26 *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y* 25 (2012).

trabajando tenemos que acusar a las personas físicas»<sup>1411</sup>. En la misma línea se pronunciaba en el año 2013, Daniel Suleiman, *Deputy Chief of Staff* de la *Criminal Division*, cuando declaraba que «si las personas no van a prisión, el coste de la aplicación de la norma será uno más de los derivados de hacer negocios»<sup>1412</sup>.

## 2. Estructura de la norma. Sujetos activos y conducta típica

En la *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, en línea con las finalidades que persigue, podemos distinguir dos grupos de normas.

El primero, estaría constituido por aquellas disposiciones que imponen a las entidades emisoras de determinados valores y que operen en los Estados Unidos<sup>1413</sup> -issuers-, ciertas obligaciones contables y de información -*accounting and recordkeeping provisions*-, destinadas, fundamentalmente, a asegurar, tanto el registro fiel de todas sus transacciones económicas, como la existencia de sistemas adecuados de control interno que permitan supervisar que, efectivamente, dicho registro fiel se ha producido, y que, además, dichas transacciones han sido debidamente autorizadas por la dirección de la compañía y ejecutadas conforme a sus instrucciones<sup>1414</sup>.

---

<sup>1411</sup>Bixby, Michael, «The Lion Awakens: The Foreign Corrupt...», cit., p. p. 111-112.

<sup>1412</sup>Véase, Koehler, Mike, «A Foreign Corrupt Practice Act Narrative», 22 *Mich. St. J. Int'l L.* 961 (2014), p. p. 995-1006.

<sup>1413</sup>Para una descripción detallada de cuáles son estas entidades, que pueden ser americanas o extranjeras si cotizan en los Estados Unidos, véase, la *Resource Guide to the U.S Foreign Corrupt Practices Act*, cit., p. p. 42-43.

<sup>1414</sup>El texto de la norma es el siguiente: Periodical and other reports:

(a) Reports by issuer of security; contents

Every issuer of a security registered pursuant to section 78l of this title shall file with the Commission, in accordance with such rules and regulations as the Commission may prescribe as necessary or appropriate for the proper protection of investors and to insure fair dealing in the security--

(1) such information and documents (and such copies thereof) as the Commission shall require to keep reasonably current the information and documents required to be included in or filed with an application or registration statement filed pursuant to section 78l of this title, except that the Commission may not require the filing of any material contract wholly executed before July 1, 1962.

(2) such annual reports (and such copies thereof), certified if required by the rules and regulations of the Commission by independent public accountants, and such quarterly reports (and such copies thereof), as the Commission may prescribe.

Every issuer of a security registered on a national securities exchange shall also file a duplicate original of such information, documents, and reports with the exchange.

(b) Form of report; books, records, and internal accounting; directives\* \* \*

(2) Every issuer which has a class of securities registered pursuant to section 78l of this title and every issuer which is required to file reports pursuant to section 78o(d) of this title shall--

(A) make and keep books, records, and accounts, which, in reasonable detail, accurately and fairly reflect the transactions and dispositions of the assets of the issuer; and

(B) devise and maintain a system of internal accounting controls sufficient to provide reasonable assurances that--

(i) transactions are executed in accordance with management's general or specific authorization;

Sus destinatarias son, como hemos dicho, todas las entidades que, de conformidad con las previsiones de la norma, emitan determinados títulos –*issuers*–, y ello independientemente de que tengan o no negocios en el extranjero y estén implicadas o no en algún pago ilícito a terceros<sup>1415</sup>.

Este primer grupo de normas pues no está destinado propiamente a perseguir la corrupción relacionada con el pago de sobornos, sino a garantizar, como hemos expuesto, la fiabilidad de la contabilidad de, esencialmente, las compañías que cotizan en bolsa; sin perjuicio de que, en determinados supuestos, su aplicación pueda ser una vía indirecta para tal persecución<sup>1416</sup>. Su inclusión supuso, por otro lado, un paso significativo en la expansión de la capacidad de control de la *Securities and Exchange Commission*; siendo la primera vez que el

---

(ii) transactions are recorded as necessary (I) to permit preparation of financial statements in conformity with generally accepted accounting principles or any other criteria applicable to such statements, and (II) to maintain accountability for authorization; and

(iv) the recorded accountability for assets is compared with the existing assets at reasonable intervals and appropriate action is taken with respect to any differences.

(A) With respect to matters concerning the national security of the United States, no duty or liability under paragraph (2) of this subsection shall be imposed upon any person acting in cooperation with the head of any Federal department or agency responsible for such matters if such act in cooperation with such head of a department or agency was done upon the specific, written directive of the head of such department or agency pursuant to Presidential authority to issue such directives. Each directive issued under this paragraph shall set forth the specific facts and circumstances with respect to which the provisions of this paragraph are to be invoked. Each such directive shall, unless renewed in writing, expire one year after the date of issuance.

(B) Each head of a Federal department or agency of the United States who issues such a directive pursuant to this paragraph shall maintain a complete file of all such directives and shall, on October 1 of each year, transmit a summary of matters covered by such directives in force at any time during the previous year to the Permanent Select Committee on Intelligence of the House of Representatives and the Select Committee on Intelligence of the Senate

(4) No criminal liability shall be imposed for failing to comply with the requirements of paragraph (2) of this subsection except as provided in paragraph (5) of this subsection.

(5) No person shall knowingly circumvent or knowingly fail to implement a system of internal accounting controls or knowingly falsify any book, record, or account described in paragraph (2).

(6) Where an issuer which has a class of securities registered pursuant to section 78l of this title or an issuer which is required to file reports pursuant to section 78o(d) of this title holds 50 per centum or less of the voting power with respect to a domestic or foreign firm, the provisions of paragraph (2) require only that the issuer proceed in good faith to use its influence, to the extent reasonable under the issuer's circumstances, to cause such domestic or foreign firm to devise and maintain a system of internal accounting controls consistent with paragraph (2). Such circumstances include the relative degree of the issuer's ownership of the domestic or foreign firm and the laws and practices governing the business operations of the country in which such firm is located. An issuer which demonstrates good faith efforts to use such influence shall be conclusively presumed to have complied with the requirements of paragraph (2).

(7) For the purpose of paragraph (2) of this subsection, the terms "reasonable assurances" and "reasonable detail" mean such level of detail and degree of assurance as would satisfy prudent officials in the conduct of their own affairs.

<sup>1415</sup>Véase, Barta, James A. y Chapman, Julia, «Foreign Corrupt Practices Act», 49 *Am. Crim. L. Rev.* 825 (2012), p. 829.

<sup>1416</sup>Véase al respecto, Deming, Stuart H., «FCPA Prosecutions. The Critical Role of the Accounting and Recordkeeping Provisions», 2010 *Bus. L. Today* 1 (2010).



Gobierno Federal establecía normas destinadas a regular el funcionamiento interno de este tipo de entidades<sup>1417</sup>.

Las compañías que incumplan estas previsiones, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder a las personas físicas que actúen en su nombre<sup>1418</sup>, quedarán sujetas a la correspondiente responsabilidad, que puede ser civil, y también penal. Concretamente, esta última exigirá que dicho incumplimiento implique la falsificación consciente de los registros contables o un intento, también consciente, de eludir la implementación de los debidos sistemas de control interno<sup>1419</sup>. No se impondrán responsabilidad de esta naturaleza si los errores contables son meramente técnicos o insignificantes<sup>1420</sup>.

Por otro lado, las sociedades matrices responderán por los incumplimientos de sus filiales, aún cuando operen íntegramente en el extranjero<sup>1421</sup>, salvo que controlen el 50% o menos de sus votos, y de buena fe y razonablemente, atendiendo a las circunstancias concurrentes, hayan tratado de que, en la citada filial, se instaure y mantengan un sistema interno de control contable adecuado<sup>1422</sup>.

Junto a este grupo de normas contables, dirigidas a asegurar que la contabilidad de las empresas refleja fielmente su situación económica, la *FCPA* contiene un segundo grupo de normas, en la que nos centraremos más detenidamente, destinadas propiamente a prevenir y castigar la corrupción en el ejercicio de la actividad económica -*antibribery provisions*-, particularmente, en aquella parte de dicha actividad que se desarrolla en el extranjero. Concretamente, en una primera aproximación, este segundo grupo de disposiciones prohíbe a las personas y empresas americanas, y también a las extranjeras que guarden con los Estados Unidos alguno de los puntos de conexión previstos en la norma, entregar u ofrecer, directa o

---

<sup>1417</sup>Brown, H. Lowell, «The Extraterritorial Reach of the U.S. Government's Campaign against International Bribery», 22 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 407 (1999), p. 413.

<sup>1418</sup>Las normas 13b 2-1 y 13b 2-2 de la *Securities Exchange Act* permite la persecución penal de las personas físicas responsables de fraudes contables. Véase, Barta, James A. y Chapman, Julia, «Foreign Corrupt ...», cit., p. 833.

<sup>1419</sup>Véase, la *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, cit., p. p 42-44; también, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal...*, cit., vol. 2, p. p. 281-287; y Barta, James A. y Chapman, Julia, «Foreign Corrupt...», cit., p. p. 831-833.

<sup>1420</sup>15 *U.S. Code* 78m (b) (4).

<sup>1421</sup>En esta línea, se expresa la *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, cit., p. 43, que incluye a estos efectos también a las entidades que constituyan una *joint venture*, esto es, que formen parte de un acuerdo temporal para la ejecución de una determinada transacción económica, en la que todos sus integrantes aportan bienes y comparten riesgos.

<sup>1422</sup>15 *U.S. Code* 78m (b) (6).

indirectamente, a los «funcionarios», miembros de partidos políticos, o candidatos a ocupar algún cargo público, de aquellos terceros países en los que operen, dinero u otro bien o ventaja económica, a cambio de obtener cualquier tipo de beneficio o influencia para el ejercicio de sus negocios.

El incumplimiento de esta prohibición, además de permitir a la *Securities and Exchange Commission (SEC)* y al *Department of Justice (DOJ)* el ejercicio de acciones civiles contra los sujetos responsables<sup>1423</sup> es también constitutiva de delito, y puede llevar aparejada, por cada incumplimiento, en el caso de las empresas, pena de multa de hasta dos millones de dólares, y en el caso de las personas físicas, penas privativas de libertad de hasta cinco años y multas de hasta 250.000 dólares<sup>1424</sup>.

Analizando, más detenidamente, las conductas punibles incluidas en la *FCPA* y comenzando en primer lugar, por los posibles sujetos activos, la norma, distingue, a estos efectos, entre tres tipos de actores económicos: los *issuers*, incluyendo a sus representantes – *officers*-, directores, empleados, agentes, y accionistas; los *domestic concerns*, y también, como en el caso anterior, sus representantes, empleados y accionistas; y, otras personas y entidades distintas de las anteriores, cuando actúen en el territorio de los Estados Unidos.

Los *issuers* son las entidades emisoras de los valores comprendidos en la sección 12 de la *Securities Exchange Act* o aquellas que deban presentar los informes a los que se refiere la sección 15 de la misma norma; lo que supone, en la práctica, que cualquier compañía que cotice

---

<sup>1423</sup>Véase, la *Resource Guide to the U.S Foreign Corrupt Practices Act*, cit., p. p. 68-72. Los particulares no están legitimados para ejercer acciones con base en la *FCPA*, sin perjuicio de que los resultados de las investigaciones realizadas al amparo de dicha norma, y las consecuencias que impliquen la imposición de las sanciones en ella previstas, pueda dar lugar al ejercicio de acciones civiles dirigidas a exigir responsabilidad a los directivos correspondientes, por ejemplo, por parte de los accionistas. Véase, Trautmant, Lawrence J. y Altenbaumer-Pricett K., «The Foreign Corrupt Practices Act...», cit., p. p. 173-175.

<sup>1424</sup>De conformidad con las previsiones de la *Alternative Fines Act -18 U.S. Code § 3571(d)*- las multas que pueden imponer los Tribunales pueden ser significativamente más altas, alcanzando hasta el doble del beneficio que se pretendía obtener mediante el pago ilícito, siempre que los hechos necesarios para fijar dicho importe figuren en el *indictment* y hayan sido probados ante el Jurado, o admitidos por el acusado, si éste se declare culpable. Por otro lado, y de conformidad con las previsiones contenidas en la propia *FCPA -78dd-2(g)(3), 78dd-3(e)(3) y 78ff(c)(3)*, las multas que se impongan a cualquier representante, director, empleado, agente o accionista de alguna de las entidades destinatarias de la norma, no podrá ser abonada por ésta, directa o indirectamente. Véase, la *Resource Guide to the U.S Foreign Corrupt Practices Act*, cit., p. 68. Por otro lado, al margen de estas sanciones pecuniarias, las entidades condenadas por violaciones de la *FCPA* pueden afrontar otras consecuencias colaterales, entre otras, la prohibición de contratar con el Gobierno Federal, la suspensión de los contratos en vigor o la revocación o prohibición de ciertas facultades de exportación. Véase, la *Resource Guide to the U.S Foreign Corrupt Practices Act*, cit., p. p. 69-71.

en bolsa en los Estados Unidos, aún cuando sea extranjera, tendrá la consideración de *issuer* a estos efectos<sup>1425</sup>.

Los *domestic concerns* incluye a cualquier individuo que sea ciudadano, nacional o residente en los Estados Unidos, o a cualquier *corporation, partnership, association, joint-stock company, business trust, unincorporated organization o sole proprietorship* constituida de conformidad con las leyes de los Estados Unidos, o cualquier estado, territorio o posesión del país<sup>1426</sup>.

En tercer lugar, son también destinatarios de las *antibribery provisions* de la *FCPA*, cualquier ciudadano extranjero, o cualquier *corporation, partnership, association, joint-stock company, business trust, unincorporated organization, o sole proprietorship* también extranjera<sup>1427</sup>, que no tenga la consideración de *issuer* o *domestic concern*, además de cualquiera de sus representantes o empleados, cuando realicen, en los Estados Unidos, cualquier actividad destinada a la consecución de las prácticas ilícitas descritas en la norma.

La inclusión, dentro del círculo de destinatarios de las disposiciones *antibribery* de la *FCPA*, de estas personas y entidades extranjeras, es consecuencia de las modificaciones que se realizaron en su texto, en el año 1998, para adaptarlo al Convenio de la OCDE de 1997, de lucha contra la corrupción de agentes extranjeros en las transacciones comerciales internacionales<sup>1428</sup>; y permite que cualquier persona o entidad extranjera, que no tenga propiamente la condición de *issuer*, quede sometida a la Jurisdicción de los Tribunales estadounidenses, independientemente de cuál sea su nacionalidad, residencia o lugar en el que esté localizada su actividad económica<sup>1429</sup>; siempre que, como hemos adelantado, realice en los Estados Unidos, cualquier actividad destinada a la consecución de las prácticas prohibidas en la *FCPA*.

De esta manera, si las conductas de los *issuers* y los *domestic concerns* pueden ser perseguibles, aún cuando se cometan fuera de los Estados Unidos<sup>1430</sup>, las de este tercer grupo de sujetos exige esa conexión territorial con el país que, no obstante, ha sido interpretada

---

<sup>1425</sup>Véase, la *Resource Guide to the U.S Foreign Corrupt Practices Act*, cit., p. 11.

<sup>1426</sup>15 U. S. Code 78 dd-2 (h) (A) (B).

<sup>1427</sup>15. U. S. Code 78 dd-3 (a) y (f) (1).

<sup>1428</sup>Brickey Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 2 y p. 382 del 2012-13 Cumulative Supplement.

<sup>1429</sup>Véase, Barta, James A. y Chapman, Julia, «Foreign Corrupt...», cit., p. 835; también la *Resource Guide*, p. 11.

<sup>1430</sup>15 U.S. Code 78dd-1 (g), 78dd-2(i).

ampliamente tanto por el Departamento de Justicia como por la SEC, que han iniciado acciones legales por violación de la FCPA contra compañías extranjeras, cuando la única conexión de la práctica ilícita investigada con los Estados Unidos, era, por ejemplo, la realización de transferencias bancarias a través de un banco estadounidense<sup>1431</sup>.

Pues bien, la FCPA prohíbe a las tres clases de actores económicos que hemos descrito que, con el propósito de obtener o conservar negocios en un país extranjero, para sí o para un tercero<sup>1432</sup>, y utilizando, en el caso de los dos primeros (*issuers* y *domestic concerns*), el correo, el teléfono u otra forma de comunicación, o medio o instrumento del comercio interestatal<sup>1433</sup>, entreguen u ofrezcan, directa o indirectamente, dinero, regalos o cualquier otra cosa de valor<sup>1434</sup>, a un «funcionario extranjero» -*foreign official*<sup>1435</sup>- con el fin de: influir en cualquier acto o decisión

---

<sup>1431</sup>Véase Barta, James A. y Chapman, Julia, «Foreign Corrupt...», cit., p. 835. Un ejemplo de esta tendencia expansiva en la persecución de compañías extranjeras, por prácticas cometidas también en el extranjero, es el acuerdo alcanzado, en abril del 2011, entre la constructora JPG, con sede en Japón, y la Fiscalía americana. Concretamente el acuerdo respondía a un *deferred prosecution agreements*, y en virtud del mismo dicha compañía, para evitar el ejercicio contra ella de acciones penales al amparo de la FCPA, se comprometió a pagar un multa de más de 200 millones dólares, a mejorar su sistema de *compliance* y a colaborar con la investigación. Los hechos investigados estaban relacionados con pagos realizados a funcionarios nigerianos para lograr contratos en ese país. La Fiscalía entendió que los Estados Unidos tenían jurisdicción para perseguir tales conductas, cometidas en el extranjero y por una compañía extranjera, que no tenía además la condición de *issuer*, porque uno de las *joint venture* de la compañía japonesa en Nigeria era americana y una de las transferencias de dinero dirigidas al pago de los sobornos se había realizado a una cuenta en Suiza, a través de un banco sito en Nueva York. Véase, Ross, Lauren A., «Using Foreign Relations Law to Limit Extraterritorial Application of The Foreign Corrupt Practice Act», 62 *Duke L.J.* 445 (2012), p. p. 445- 448. Para una exposición detallada de otros casos en los que también se persiguió, ante tribunales de los Estados Unidos, a compañías extranjeras por conductas cometidas en el extranjero, entre ellos, el caso *Siemens*, véase, Bixby, Michael, «The Lion Awakens: The Foreign...», cit., p. p. 113-114.

<sup>1432</sup>15. *U.S. Code* 78dd-1(a), 78dd-2(a), 78dd-3(a).

<sup>1433</sup>15. *U.S. Code* 78dd-1(a), 78dd-2(a). Hacer una llamada de teléfono, o mandar un e mail, o un mensaje, o un fax, hacia o través de los Estados Unidos implica *interstate commerce*. También realizar una transferencia bancaria desde o hacia este país o utilizar su sistema bancario; o viajar entre distintos Estados, o desde el extranjero a los Estados Unidos o a la inversa. Véase las previsiones incluidas al respecto en la *Resource Guide to the U.S Foreign Corrupt Practices Act*, cit., p. 11.

<sup>1434</sup>«offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of any money, or offer, gift, promise to give, or authorization of the giving of *anything of value* to” a foreign official».

<sup>1435</sup>El término *foreign official* comprende cualquier representante o empleado de un gobierno extranjero o de cualquiera de sus departamentos, agencias u organismos, o de una organización pública internacional, o a cualquier persona que tenga capacidad para actuar en nombre de cualquiera de ellos. Véase la norma correspondiente -15 *U.S. Code* 78dd-1(f), 78dd-2(h)(2), 78dd-3(f)(2)(A)- que dispone lo siguiente: «the term “foreign official” means any officer or employee of a foreign government or any department, agency, or instrumentality thereof, or of a public international organization, or any person acting in an official capacity for or on behalf of any such government or department, agency, or instrumentality, or for or on behalf of any such public international organization».

En mayo del año 2011, la compañía *Lindsey Manufacturing*, dedicada a la fabricación de componentes eléctricos, y dos de sus directivos, fueron acusados por varios delitos de los incluidos en la FCPA, por haber pagado, a través de sus representantes de ventas en Méjico, sobornos a dos altos directivos de la Comisión Federal de Electricidad, propiedad del Gobierno Federal de Méjico. Uno de estos representantes, también acusados, solicitó el archivo de la causa alegando que la citada entidad no podía ser calificada a efectos de la FCPA como una *instrumentality of a foreign government* y que, por tanto, sus miembros no podía tener la condición de *foreign officials*. El Juez rechazó esta alegación y concluyó que una entidad de propiedad íntegramente estatal, y de las características de la Comisión en cuestión, podía tener sin embargo esta condición. Para ello valoró: que la entidad daba servicio a los ciudadanos de su territorio; que sus directivos eran nombrados por el gobierno mejicano; que se financiaba fundamentalmente a través de dinero público; que ejercía funciones administrativas; y que, en definitiva,

que le corresponda realizar en el ejercicio de sus funciones, inducirle a llevar a cabo cualquier acción o a omitir cualquier acto que implique un violación de sus obligaciones o inducirle a utilizar su influencia en la toma de decisiones del gobierno u organismo al que pertenezca.

Tampoco, y de conformidad con las previsiones de la norma, podrán realizarse pagos u ofrecimientos de la naturaleza expuesta, y con las finalidades descritas, a cualquier partido político o representante del mismo –*oficial*- o a un candidato para un puesto político<sup>1436</sup>.

Lo esencial, por otro lado, no será la naturaleza o importancia económica de lo que se entregue u ofrezca, sino que ello se haga *corruptly*, esto es, con la intención de obtener una ventaja o influencia ilícita a través de la persona sobornada<sup>1437</sup>.

Efectivamente, en todas las conductas prohibidas en la FCPA, se exige la presencia de este *state of mind* que, como suele ser habitual, no se define, pero que, en línea con lo que acabamos de exponer, y como señalaba el Tribunal en la sentencia dictada en el caso *U.S. v. Kozeny*<sup>1438</sup>, debe implicar, además del *general intent* presente en la mayoría de las normas penales, un propósito ilícito y un intento de influir en el funcionario extranjero o en las otras personas mencionadas, para que utilicen indebidamente su posición<sup>1439</sup>.

En definitiva, se trata de prevenir y castigar una determinada forma de hacer negocios, que pretende conseguir mayores beneficios, no por ofertar los mejores productos y servicios,

---

era percibida desde el exterior como una entidad que ejercía funciones gubernamentales. La compañía y los acusados fueron finalmente hallados culpables por un Jurado, convirtiéndose así en uno de los escasísimos supuestos en los que este tipo de asuntos alcanzan el juicio. Sin embargo el veredicto fue revocado posteriormente por el Juez debido a ciertas irregularidades cometidas por la Fiscalía. Véase, Banoun R., Lewis E. F., Guerin T.M. y Chakarian Turza D., «A year in Review», en *The State of Criminal...*, cit., p. p. 109-110.

<sup>1436</sup>No se penalizan si embargo las contribuciones legítimas a campañas electorales que no están motivadas por la intención de obtener a cambio un trato de favor. Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 2, p. 259.

<sup>1437</sup>Véase la *Resource Guide to the U.S Foreign Corrupt Practices Act*, cit., p. 15.

<sup>1438</sup>*U.S. v. Kozeny*, 493 F.Supp.2d 693 (2007).

<sup>1439</sup>Declara el Tribunal: «the word 'corruptly' in the FCPA signifies, in addition to the element of 'general intent' present in most criminal statutes, a bad or wrongful purpose and an intent to influence a foreign official to misuse his official position». Para Brickey, aunque, como hemos dicho, la ley no define efectivamente este término, el mismo implica, en línea con las previsiones contenidas con respecto al cohecho de funcionarios de los Estados Unidos en la *Federal Bribery Statute* -18.U.S. Code 201 -un intento de que la persona a la que se hace el pago haga un uso indebido de su cargo. En el mismo sentido, Brown, Lowell H., «The Foreign Corrupt Practices Act Redux: The Anti-Bribery Provisions of the Foreign Corrupt Practices Act», *12 Int'l Tax & Bus. Law* 260 (1994), p. 7. En este sentido se pronunció también el Senado en un informe realizado sobre la norma, expresando que el término *corruptly* implicaba un propósito o motivo ilícito, un intento de influir indebidamente en el receptor. Véase al respecto, Lipper, Gregory M., «Foreign Corrupt Practices Act and the Elusive Question of Intent» *47 Am. Crim. L. Rev.* 1463 (2010), p. p. 1476-1477. También la *Resource Guide to the U.S Foreign Corrupt Practices Act*, cit., p. 14.

sino obteniendo ciertas ventajas en el ejercicio de su actividad, a cambio del enriquecimiento ilícito de aquellos que detentan el poder político o pueden influir en él. Estas ventajas pueden ser variadas y consistir en la consecución de beneficios fiscales, la eliminación de competidores o la obtención indebida de permisos y licencias; pero, en cualquier caso, deben ser consecuencia del pago ilícito, y favorecer, como hemos dicho, la obtención o conservación de negocios en el país en cuestión. Es lo que se conoce como el «*business purpose test*»<sup>1440</sup>.

De conformidad con las previsiones contenidas en la FCPA<sup>1441</sup>, no serán penalmente relevantes aquellos pagos que pretendan facilitar o agilizar –*facilitating and expediting payments*– una «acción de gobierno rutinaria», que sea competencia del receptor del pago, tales como, entre otras, la obtención de permisos, licencias o cualquier otro documento oficial que cualifique a una persona para realizar una actividad en el país; la expedición de visados o permisos de trabajo; la obtención de protección policial; o el acceso a los suministros de luz, agua o teléfono<sup>1442</sup>.

Son los conocidos como «*greasy payments*» que, en todo caso, deben tratar de facilitar acciones no discrecionales que sean realizadas ordinariamente por el receptor del pago<sup>1443</sup>, y no constituir, dice la ley, «una decisión para recompensar un nuevo negocio o para continuar uno en funcionamiento con una determinada parte»<sup>1444</sup>.

Además de los *greasy payments*, que no son ilícitos, la FCPA contempla dos *affirmative defenses* que pueden esgrimirse frente a la formulación de una acusación penal al amparo de la misma: a) que el pago, la entrega o la oferta realizada era conforme a las leyes y regulaciones existentes en el país en cuestión –*local law defense*–; y b) que se trató de gastos derivados de la promoción, explicación o demostración de un producto o servicio, o de la ejecución de una

---

<sup>1440</sup>Véase, la *Resource Guide to the U.S Foreign Corrupt Practices Act*, cit., p. 13.

<sup>1441</sup>78dd-1 (b), 78dd-2(b), 78dd-3 (b).

<sup>1442</sup>78dd-1 (f) (3), 78dd-2 (h) (4) y 78dd-3 (h) (4).

<sup>1443</sup>Bixby, Michael, «The Lion Awakens: The Foreign Corrupt ...», p. 96. En general sobre este tipo de pagos, véase, Bonstead, Chad, «Removing the FCPA Facilitation Payments Exception: Enforcement tools for...», cit. También, Straus, Emily N., «"Easing out" The FCPA Facilitation Payment Exception», 93 *B.U. L. Rev.* 235 (2013), p. p. 258-273.

<sup>1444</sup>Al respecto, véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 2, p. p. 258-259. También, Bixby, Michael, «The Lion Awakens: The Foreign Corrupt...», cit., p. p. 110-111, que destaca algunas críticas doctrinales, dada la ambigüedad del concepto y la dificultad para fijar sus límites.

obligación contractual, gastos, en todo caso, razonables y realizados de buena fe –*reasonable and bona fide expenses*<sup>1445</sup>.

Como *affirmative defenses*, su alegación y prueba corresponde a la persona acusada.

## II. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR INFRACCIONES DE LA FCPA

Los delitos comprendidos en las *antibribery provisions* de la FCPA, en los que nos centraremos, serán imputables a las personas jurídicas conforme a los criterios generales de imputación vigentes en la jurisdicción federal para cualquier delito. Por tanto, serán penalmente responsables cuando sus directores, representantes, empleados o agentes, actuando en el ámbito de sus competencias, cometan algunos de ellos con la intención, al menos en parte, de beneficiarlas<sup>1446</sup>.

En este sentido, las previsiones de la FCPA que incluyen expresamente como posibles sujetos activos de los delitos a las personas jurídicas, no suponen ninguna novedad.

Sus disposiciones, sin embargo, y en general su aplicación, plantea con relación a estas entidades algunas cuestiones interesantes que merecen atención.

### 1. El *state of mind*. La responsabilidad por los agentes en el extranjero

La FCPA contempla tres *state of minds* diferentes.

---

<sup>1445</sup>78dd-I (d) (2), 78dd-2(c) (2)y 78dd-3(c) (2). Véase al respecto, la *Resource Guide to the U.S Foreign Corrupt Practices Act*, cit., p. 24-26.

En 2004, La compañía *ABB Ltd* alcanzó un acuerdo para pagar más de 16,4 millones de dólares (*finés y civil penalties*), tras una investigación federal relacionada con el pago de sobornos para conseguir proyectos de gas y petróleo en tres países distintos. A continuación, la SEC demandó a cuatro de sus empleados por haber pagado aproximadamente un millón de dólares en sobornos a funcionarios nigerianos para conseguir concesiones petrolíferas en ese país. Parte de ese dinero, aproximadamente unos 176.000 dólares, se había empleado en hacerles regalos y en abonar, a través de la tarjeta de crédito de la compañía, sus gastos de alojamiento, comida y transporte, en varios de los viajes que hicieron a los Estados Unidos. Finalmente estos cuatro empleados también alcanzaron un acuerdo y se comprometieron a abonar multas de entre 40.000 y 50.000 dólares, sin que se considerara que los regalos y el abono de los gastos constituyeran *reasonable and bona fide expenses*, pues se realizaron con la intención de que sus destinatarios proporcionaran información sobre los competidores, y no para promocionar los productos y servicios de la compañía. Véase, con citación de otros ejemplos similares, O'Melveny & Myers LLP, *Foreign Corrupt Practices Act An O'Melveny Handbook*, cit., p. 14.

<sup>1446</sup>Véase la *Resource Guide to the U.S Foreign Corrupt Practices Act*, cit., p. 36.

Al primero –*corruptly*– nos hemos referido con anterioridad, y es esa necesidad de que el pago u ofrecimiento de que se trate esté dirigido a obtener una ventaja ilícita a través de la persona a la que se hace. Esta finalidad ha de estar presente en todas las infracciones penales previstas en la norma y, por tanto, también en aquellas que se imputen a las personas jurídicas<sup>1447</sup>.

Esta exigencia se traduce en que si se formula acusación y finalmente se llega a juicio, se tendrá que practicar en él prueba suficiente para demostrar que esta era efectivamente la finalidad de los pagos realizados. En este sentido resultan interesantes las consideraciones realizada por el Tribunal del Octavo Circuito en la sentencia dictada en el caso *United States v. Liebo*<sup>1448</sup>.

En él, el acusado, vice-presidente a cargo de la división aeroespacial de la empresa *APCO International Inc.*, con sede en Minnesota, y condenado, además de por falsedad, por varias violaciones de la *FCPA*, impugnó su condena alegando que el regalo de varios billetes de avión a un funcionario nigeriano, ni se había realizado con la finalidad de obtener negocios en dicho país -concretamente contratos de compra de material militar- ni tampoco se había hecho

---

<sup>1447</sup>En palabras de la *FCPA Resource Guide*, «As Congress noted when adopting the FCPA, the word “corruptly” means an intent or desire to wrongfully influence the recipient: The word “corruptly” is used in order to make clear that the offer, payment, promise, or gift, must be intended to induce the recipient: to misuse his official position; for example, wrongfully to direct business to the payor or his client, to obtain preferential legislation or regulations, or to induce a foreign official to fail to perform an official function». Véase, la *Resource Guide to the U.S Foreign Corrupt Practices Act*, cit., p. 14. En la misma línea, se pronunció el Tribunal del Quinto Circuito en el caso *United States v. Kay*, 359 F.3d 738 (5th Cir. 2004), según el cual: «(...)an offense under the FCPA requires that the alleged bribery be committed for the purpose of inducing foreign officials to commit unlawful acts, the results of which will assist in obtaining or retaining business in their country(...)». Esta fue una de las resoluciones que se dictó con relación a un caso en el que dos empleados de una empresa americana dedicada a la exportación de arroz, fueron condenados por pagar sobornos a varios funcionarios de aduanas en Haití, para que, entre otros extremos, no advirtieran que la documentación que se les presentaba para su despacho reflejaba una cantidad de arroz importado inferior al real, con el consiguiente ahorro de gastos de aduanas e impuestos. Esta resolución, dictada en el año 2004, revocó un primer pronunciamiento que archivó el caso, entendiendo que una conducta como la descrita, dirigida a eludir el pago de ciertos impuestos, no estaba comprendida en el ámbito de la *FCPA*. El Tribunal de Apelación sin embargo concluyó, después de hacer un recorrido detallado de la historia y evolución de la norma, que dicho comportamiento, aunque no estaba directamente dirigido a favorecer la obtención o retención de uno o varios negocios concretos, sino a obtener ventajas fiscales, debía estar comprendido en el ámbito de la *FCPA* y ser por tanto constitutivo de delito, porque, en definitiva, favorecía los negocios de la compañía en el país. Dice literalmente el Tribunal: «thus, in diametric opposition to the district court, we conclude that bribes paid to foreign officials in consideration for unlawful evasion of customs duties and sales taxes could fall within the purview of the FCPA's proscription. We hasten to add, however, that this conduct does not automatically constitute a violation of the FCPA: It still must be shown that the bribery was intended to produce an effect — here, through tax savings — that would “assist in obtaining or retaining business”». Como consecuencia de esta decisión, el procedimiento fue devuelto al Tribunal de Instancia para su continuación, culminando finalmente, como hemos dicho, en la condena de los acusados, que, posteriormente fue confirmada por el mismo Tribunal de apelación en la sentencia dictada, en 2007, en *U.S v. Kay*, 513 F.3d 432 (5th Cir. 2007).

<sup>1448</sup>*United States v. Liebo*, 923 F. 2d 1308 (1991). Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 2, p. 261.



de forma corrupta, como exigía la norma. Respecto a la primera cuestión, el Tribunal de apelación, al confirmar la condena, consideró que, efectivamente, la prueba practicada había permitido al jurado inferir que los billetes de avión se «regalaron» para obtener o retener negocios, valorando para ello que el destinatario de aquéllos había declarado que no se aprobaría ningún contrato sin su recomendación y que el acusado había prometido a este «tener gestos» con él, antes de que el primer contrato se firmara, y continuar teniéndolos, si el segundo y tercer contrato también se celebraban.

En cuanto a la segunda cuestión, esto es, para concluir si el acusado había actuado *corruptly*, el Tribunal partió de las instrucciones que habían sido dadas al jurado, que consideró correctas, y según las cuales, este término implicaba que el ofrecimiento, promesa o pago debía pretender, voluntaria e intencionadamente, inducir a su destinario o a un uso indebido de sus funciones o a que influyera para que otro actuara de esta manera.

Entendiendo de esta manera el término, el Tribunal desestimó las alegaciones del recurrente, relativas a que no había actuado de forma corrupta porque los billetes de avión habían sido un regalo personal a una persona que conocía desde hacía tiempo. Se tuvo en cuenta a estos efectos: que los billetes se habían entregado poco antes de que un tercer contrato se hubiera firmado; que eran cuestiones incontrovertidas tanto que el acusado y el funcionario nigeriano mantenían una relación estrecha, como que este último jugaba un importante papel en la concesión de los contratos; y, en tercer lugar, que el propio acusado había calificado en su momento la compra de los billetes, a efectos contables, como «*commission payment*». Pudo pues el jurado, dijo el Tribunal, inferir razonablemente que el acusado había «regalado» los billetes de avión al funcionario en cuestión para que influyera en el proceso de aprobación de los contratos de compraventa de material de guerra, en los que su compañía estaba interesada.

En el procedimiento penal del que deriva la sentencia analizada, la persona jurídica no había sido acusada junto con su empleado, pero si lo hubiera sido la condena de éste hubiera supuesto la condena de la primera que, como él, o más exactamente a través de él, hubiera actuado *corruptly*, entendido este término en la forma detallada.

*Willfully* es el segundo *state of mind* contemplado en la norma y se prevé sólo para las personas físicas<sup>1449</sup>.

De nuevo la ley no ofrece una definición al respecto y las dificultades que plantea son las propias de la utilización de este término en cualquier texto legal.

El Tribunal Supremo Federal suele unir este término a las expresiones «done with a bad purpose» o with «an evil motive»<sup>1450</sup>. En *Bryan v. United States*<sup>1451</sup>, después de reconocer las dificultades para dar una definición exacta del término y las distintas interpretaciones que al mismo se han otorgado por los Tribunales, señala que un acto *willful* es aquel que se realiza con un «bad purpose». En otras palabras, dice el Alto Tribunal, para probar que la violación de una norma fue *willful*, se debe probar que el acusado actuó con conocimiento de que su conducta era ilegal<sup>1452</sup>. Solo, declara el Tribunal, en el contexto de determinadas normas altamente técnicas, como por ejemplo las relacionadas con la evasión de impuestos, el término *willful* exigirá que la persona conozca que vulnera una norma concreta. En todos los demás casos, la ignorancia de dicha norma no exime de su cumplimiento<sup>1453</sup>.

Esta línea siguieron los Tribunales del Segundo y del Quinto circuito, en supuestos relacionados con violaciones de las disposiciones *antibribery* de la *FCPA*, en las sentencias

---

<sup>1449</sup>15 U.S.Code 78 dd-2 (g) (2): «(A) any natural person that is an officer, director, employee, or agent of a domestic concern, or stockholder acting on behalf of such domestic concern, who willfully violates subsection (a) or (i) of this section shall be fined not more than \$100,000 or imprisoned not more than 5 years, or both».

15 U.S.Code 78 dd-3 (e) (2) (A): «any natural person who wilfully violates subsection (a) of this section shall be fined not more than \$100,000 or imprisoned not more than 5 years, or both».

<sup>1450</sup>Lipper, Gregory M., «Foreign Corrupt Practices Act...», cit., p. 1477.

<sup>1451</sup>*Bryan v. United States*, 524 U.S. 184 (1998).

<sup>1452</sup>Declaró el Tribunal: «a “willful” act is one undertaken with a “bad purpose.” In other words, in order to establish a “willful” violation of a statute, “the Government must prove that the defendant acted with knowledge that his conduct was unlawful”». Véase, Lipper, Gregory M., «Foreign Corrupt Practices Act...», cit., p. 1477.

<sup>1453</sup>En esta sentencia, donde el recurrente, condenado por comerciar con armas sin licencia federal, alegó precisamente que no podía ser condenado porque no se había probado que conociera cuándo concretamente era exigible dicha licencia, el Tribunal declara: «In certain cases involving willful violations of the tax laws, we have concluded that the jury must find that the defendant was aware of the specific provision of the tax code that he was charged with violating. See, e.g., *Cheek v. United States*, 498 U. S. 192, 201 (1991).<sup>17</sup> Similarly, in order to satisfy a willful violation in *Ratzlaf*, we concluded that the jury had to find that the defendant knew that his structuring of cash transactions to avoid a reporting requirement was unlawful. See 510 U. S., at 138, 149. Those cases, however, are readily distinguishable. Both the tax cases<sup>18</sup> and *Ratzlaf*<sup>19</sup> involved highly technical statutes that presented the danger of ensnaring individuals engaged in apparently innocent conduct.<sup>20</sup> As a result, we held that these statutes “carv[e] out an exception to the traditional rule” that ignorance of the law is no excuse<sup>21</sup> and require that the defendant have knowledge of the law. The danger of convicting individuals engaged in apparently innocent activity that motivated our decisions in the tax cases and *Ratzlaf* is not present here because the jury found that this petitioner knew that his conduct was unlawful. Thus, the willfulness requirement of §924(a)(1)(D) does not carve out an exception to the traditional rule that ignorance of the law is no excuse; knowledge that the conduct is unlawful is all that is required».

dictadas, respectivamente, en *Stichting Ter Behartiging v. Schreiber*<sup>1454</sup> y *U.S v. Kay*<sup>1455</sup>. En esta última resolución, con cita expresa de la anterior, cuya posición declara asumir, el Tribunal del Quinto Circuito concluye que, para dictar las condenas de dos empleados de una empresa americana por pagar sobornos prohibidos por la *FCPA*, no era preciso probar que conocían que estaban violando esta norma. Bastaba con que supieran que su comportamiento era ilícito. En esta misma resolución, el Tribunal también consideró que las instrucciones que se habían dado al jurado, y en las que no se habían incluido expresamente indicaciones sobre el término *willfully* y sí sobre los términos *corruptly* y *knowingly*, eran correctas; considerando particularmente que este último término englobaba el significado de *willfully*<sup>1456</sup>.

Precisamente estos dos precedentes judiciales sirven de base a la Fiscalía para sostener, en la *FCPA Resource Guide*, que la condena por los delitos regulados en ella no exige probar ni que el acusado conocía la misma, ni que sabía que su conducta la infringía. Es suficiente que conociera que su conducta era ilícita<sup>1457</sup>.

Si ello es así, no advertimos realmente qué diferencia existe entre los términos *corruptly* y *willfully*, exigido, por otro lado, solo para las personas físicas, porque esa consciencia de la ilegalidad de la conducta, del propósito ilícito de la misma, ya está incluida en la exigencia de que el hecho sea cometido *corruptly*<sup>1458</sup>.

Entendemos pues, en principio, que el *state of mind* exigido para todos los autores es el mismo, sea una persona física o jurídica, porque la exigencia de que las primeras actúen *willfully*

---

<sup>1454</sup>*Stichting Ter Behartiging v. Schreiber*, 327 F.3d 173 (2nd Cir. 2003). En esta resolución no se confirma propiamente una condena amparada en las *antibribery provisions* de la *FCPA*, sino que la misma deriva de una demanda interpuesta por un grupo de accionistas de una sociedad (*Saybolt International B.V*) contra el que fuera abogado de la misma, con base en que fue un consejo erróneo de éste el que provocó que la compañía violara la *FCPA*. Concretamente, la cuestión sometida a debate en esta resolución fue si el hecho de que la compañía se hubiera declarado en su día culpable de haber realizado pagos prohibidos por dicha norma y, por tanto, de haberlos hecho *corruptly*, era o no compatible con que, en este nuevo procedimiento -el iniciado por los accionistas-, estos alegaran que si la empresa realizó tales pagos fue por el consejo equivocado del demandado y, en consecuencia, sin conocer que con ellos estaba vulnerado la *FCPA*. El juez de primera instancia entendió que no era compatible y que por tanto los demandantes no podía demandar al abogado. En sentido contrario se pronunció el Tribunal de apelación.

<sup>1455</sup>*U.S v. Kay*, 513 F.3d 432 (5th Cir. 2007).

<sup>1456</sup>Según se transcribe literalmente en la sentencia, el juez de instancia indicó al jurado que *corruptly* «was an element of the offense and defined a corrupt act as one that is "done voluntarily and intentionally, and with a bad purpose or evil motive of accomplishing either an unlawful end or result, or a lawful end or result by some unlawful method or means»; y sobre el término *knowing* les dijo que «a knowing act as one "done voluntarily and intentionally, not because of accident or mistake"».

<sup>1457</sup>Véase la *Resource Guide to the U.S Foreign Corrupt Practices Act*, cit., p. 14.

<sup>1458</sup>En este sentido, Lipper, Gregory M., «Foreign Corrupt Practices Act...», cit., p. 1476.

no aporta un plus, respecto a la exigencia general de que lo hagan *corruptly*. En cualquier caso, si entendiésemos que sí se exige ese plus respecto a las personas físicas, en nuestra opinión, esto tendría escasa relevancia para la persona jurídica, porque el actuar de la persona física pudo no ser *willfully*, pero debió ser en todo caso *corruptly*, para ser penalmente relevante, y ello bastaría para imputar el delito a la persona jurídica; independientemente de que pudiéramos discutir a continuación si la persona física es o no también penalmente responsable.

No es esta sin embargo la opinión expresada por el *US Chamber Institute for Legal Reform*, en el informe del año 2010, al que hicimos referencia con anterioridad. En él, se califica de anomalía que la *FCPA* limite la responsabilidad de los individuos a los casos en los que estos actúen *willfully* y no se contenga una previsión similar para el caso de las personas jurídicas, entendiendo, pues, que uno y otro término tienen implicaciones diferentes. Esta omisión, según el informe, extiende la responsabilidad de las entidades, porque implica que una compañía pueda ser acusada penalmente por violar las disposiciones de la *FCPA*, incluso si ella y sus empleados no sabían que su conducta era ilícita, abriendo así la posibilidad a que la Fiscalía formule acusación contra ellas, que no contra sus empleados, con base en una responsabilidad realmente objetiva. Además, añade el informe, dado que una persona jurídica sólo puede ser penalmente responsable si uno de sus empleados ha cometido el delito de que se trate, el *mens rea* exigible para ambos debería ser el mismo.

Este último argumento lo compartimos, pues realmente si la responsabilidad de la entidad deriva de la de su empleado, resulta incoherente que la propia norma trate de distinguir, como dice el informe, dos *mens rea* distintos. Es más, no es que el *state of mind* de la persona jurídica y la física deba ser el mismo, sino que realmente, de conformidad con los criterios de imputación vigentes en la jurisdicción federal, sólo hay uno: el de ésta última, que es el que se atribuye a la primera, que responde por su comportamiento.

No compartimos, sin embargo, el primero de los argumentos expuestos en el informe porque, reiteramos, el hecho de que los pagos se hagan con una finalidad corrupta implica ya un conocimiento de su ilicitud, el cual, concurriendo en el directivo o empleado que realice el mismo, se imputará a la persona jurídica.

Cuestión distinta es la propuesta que hace el informe para los casos en los que se castiguen conductas realizadas en el extranjero en el seno de empresas extranjeras, lo que es

posible si existe alguna conexión con los Estados Unidos. En tales casos el informe entiende que debería exigirse a la persona en cuestión que conozca que sus acciones están prohibidas por el Derecho Penal de los Estados Unidos. En estos casos, pues, el término *willfully* sí exigiría un conocimiento, no de que la conducta vulnere la *FCPA*, pero sí, al menos, de que es punible según el Derecho estadounidense.

Esta es también la propuesta que formula Gregory M. Lipper. Este autor parte del hecho de que, como dijimos, si atendemos a la interpretación jurisprudencial de los términos *corruptly* y *willfully*, su significado realmente es el mismo; pero ello supondría entonces que la utilización en la *FCPA* de este último término es superflua. Ahora bien, según las previsiones de la norma, es posible que cualquier ciudadano extranjero contratado por una empresa que cotice en bolsa en los Estados Unidos quede sometido a los tribunales de este país por comportamientos cometidos completamente en el extranjero. En estos casos es posible que esta persona conozca que su conducta es impropia en el país en la que se realice, pero puede que no tenga razones para creer que además es ilícita conforme al Derecho Penal de los Estados Unidos, particularmente si no ha sido advertido por la empresa que lo contrató. La solución para estos casos sería, según este autor, interpretar el término *willfully* en el sentido de exigir un mínimo de conocimiento de que la conducta en cuestión vulnera el Derecho de este país, aunque no se conozca qué norma concreta viola. De esta manera, se actuaría *corruptly* cuando se conociera que el pago es ilícito según las normas del país en el que se haga, y *willfully* cuando también se sepa que lo es según el Derecho estadounidense<sup>1459</sup>.

Esta posición que nos resulta razonable porque en definitiva, en estos casos, el sujeto no conoce que su conducta es ilícita en el ordenamiento conforme al cual va a ser castigado, lo que podría excluir su responsabilidad penal<sup>1460</sup>, chocaría con la interpretación restrictiva que de los posibles efectos del error de derecho se hace, con carácter general, en el Derecho penal de los Estados Unidos<sup>1461</sup>; pero permitiría efectivamente dotar de significado a la utilización en la *FCPA* del término *willfully* y no considerarla pues superflua. Señala el Tribunal Supremo Federal, entre otras resoluciones, en *Ratzlaf v. United States*<sup>1462</sup>, en la que también se discutía el alcance

---

<sup>1459</sup>Lipper, Gregory M., «Foreign Corrupt Practices Act...», cit., p. p. 1480-1482.

<sup>1460</sup>Nos encontraríamos ante un supuesto similar al señalado por Jakobs, en el que una persona actúa en un ámbito de la sociedad ajena a ella y en el que por tanto el desconocimiento de la norma puede ser relevante. Véase, López Barja de Quiroga, Jacobo, *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 709.

<sup>1461</sup>Véase Emanuel, Steven L., *Criminal Law*, cit. p. p. 36-42. En general sobre los efectos del error, véase, Wayne R., *Criminal Law*, cit., p. p. 298-318.

<sup>1462</sup>*Ratzlaf v. United States*, 510 U.S. 135 (1994).

de este término en una norma penal, que las palabras utilizadas por el legislador deben ser interpretadas de manera que signifiquen algo, y no sólo eso, sino que cuando sean ambiguas, deben ser interpretadas de la manera más favorable al imputado<sup>1463</sup>.

En cualquier caso, como el término *willfully* se predica, como hemos dicho, sólo de las personas físicas, cualquier interpretación que se haga del mismo sólo afectaría a la responsabilidad de éstas y no a la de la persona jurídica; asumiendo que este intento de diferenciar entre el *mens rea* de la persona física y la jurídica es poco compatible con un sistema de imputación como el expuesto.

Aún prevé la *FCPA* un tercer *state of mind*: *knowingly*.

Efectivamente, la norma castiga no sólo el pago que se haga directamente a los sujetos a los que ya nos hemos referido, sino también aquel que se haga indirectamente, esto es, a través de una tercera persona, conociendo *—knowing—*, dice la norma, que finalmente parte de él irá a parar, con las finalidades ya indicadas, a alguno de estos sujetos<sup>1464</sup>.

A diferencia de lo que ocurre con los términos *corruptly* o *willfully*, la *FCPA* sí define el término *knowing*, que se predica tanto respecto de las personas físicas como de las jurídicas. Según la norma, este *state of mind* existe «cuando una persona, respecto a una conducta, una circunstancia o un resultado, es consciente de que está realizando dicha conducta, que la circunstancia existe o que es altamente probable que ocurra tal resultado»; añadiendo a continuación que, «cuando un delito exige el conocimiento de una de determinada circunstancia, dicho conocimiento existirá cuando la persona sea consciente de la alta probabilidad de la existencia de aquella, salvo que crea que dicha circunstancia no exista»<sup>1465</sup>.

---

<sup>1463</sup>Véase al respecto, Brantley, Steve, «Ratzlaf v. United States: Sometimes Ignorance of the Law is an Excuse», 45 *Mercer L. Rev.* 1465 (1994).

<sup>1464</sup>«(3) any person, *while knowing* that all or a portion of such money or thing of value will be offered, given, or promised, directly or indirectly, to any foreign official, to any foreign political party or official thereof, or to any candidate for foreign political office, for purposes of—.... » -15 *U.S. Code* 78dd-1 (3); 78dd-2 (3); 78 dd-3(3)-

En su redacción originaria, la *FCPA* castigaba los pagos a terceros cuando se conociera o se tuviera razón para conocer *—knowing or having reason to know—* que parte de éstos serían utilizados para influir en el funcionario extranjero en nombre del pagador. La comunidad empresarial consideró que ésta última expresión «*having reason to know*» era problemática; de manera que el legislador la eliminó en la reforma del año 1998. Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 2, p. 262.

<sup>1465</sup>Dice la norma: «a person's state of mind is "knowing" with respect to conduct, a circumstance, or a result if the person: is aware that [he] is engaging in such conduct, that such circumstance exists, or that such result is substantially certain to occur; or has a firm belief that such circumstance exists or that such result is substantially certain to occur»-; y añade, «when knowledge of the existence of a particular circumstance is required for an offense,

Al expresarse así, la norma define este elemento del delito en línea con el *Model Penal Code*, sin exigir, en palabras de *Brickey*, un conocimiento completo o positivo<sup>1466</sup>; contemplando expresamente, por otro lado, que dicho conocimiento se establezca con base en lo que entendemos es una formulación de la doctrina de la *willful blindness*<sup>1467</sup>.

En esta línea, se pronuncia también la Fiscalía, en la *FCPA Resource*, cuando, al analizar la posible responsabilidad derivada de los pagos realizados a través de terceros, declara, citando el informe del Congreso sobre las modificaciones introducidas en la ley en el año 1988, que los órganos de dirección de las empresas no podrán eludir las prohibiciones de la norma si no advirtieron determinadas acciones, omisiones u «otras señales» que, razonablemente, debieron alertarles de la alta probabilidad de que las disposiciones de la misma se estuvieran vulnerando; añadiendo que estas señales, estas «*red flags*», como las denomina, pueden ser, entre otras: el pago de comisiones excesivas a agentes o consultores externos; la aplicación de descuentos irrazonables a terceros distribuidores; «acuerdos de consultoría» con terceros, que incluyan una descripción vaga de los servicios a prestar; la contratación de consultores en una línea de negocio distinta; la relación cercana del tercero con el funcionario extranjero; que el tercero sea una compañía constituida en una *offshore jurisdiction*; o que este tercero exija que se le hagan pagos a cuentas en un *offshore bank*.

En la sentencia dictada el 14 de diciembre de 2011, en el caso *United States v. Kozeny*<sup>1468</sup>, el Tribunal de apelación del Segundo Circuito, en un asunto relacionado con el pago de sobornos a funcionarios de la República de Azerbaiyán para ser favorecidos en el proceso de privatización de empresas petrolíferas del país, consideró ajustadas a Derecho unas instrucciones dadas al jurado, amparadas precisamente en esta doctrina de la *willful blindness* o de la *conscious avoidance*, como la denominó el Tribunal en esta resolución. La corrección de

---

such knowledge is established if a person is aware of a high probability of the existence of such circumstance, unless the person actually believes that such circumstance does not exist»- 15 U.S.Code, 78 dd-1(f) (2); 78 dd-1(h) (3); 78 dd-3(f) (3)-.

<sup>1466</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 2, p. 263.

<sup>1467</sup>En este sentido, Lipper, Gregory M., «Foreign Corrupt Practices Act...», cit., p. 1484; también, Barta, James A. y Chapman, Julia, «Foreign Corrupt ...», cit., p. 839. De esta doctrina nos ocupamos en su momento, si bien cabría recordar que para el Tribunal Supremo Federal, la afirmación del conocimiento al amparo de la misma exige dos requisitos: a) el acusado debe creer que existe una alta probabilidad de que el hecho exista; y b) el acusado, deliberadamente, debe haber realizado acciones tendentes a evitar el conocimiento del hecho. Estos presupuestos, según la doctrina establecida por el Alto Tribunal en *Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A.*, 563 U.S. (2011), son los que permitirán distinguir estas situaciones de la mera negligencia, porque el *willfully blind defendant* es aquel que deliberadamente evita confirmar la alta probabilidad del ilícito y del que, por tanto, se puede decir que prácticamente lo conocía; mientras que el *reckless defendant* es aquel que solo conoce de la existencia de un riesgo sustancial e injustificado de que se produzca tal ilícito.

<sup>1468</sup>*United States v. Kozeny*, 667 F.3d 122 (2nd Cir. 2011).

estas instrucciones fueran impugnadas en apelación por Frederick Bourke, condenado en primera instancia por varios cargos de conspiración para violar la *FCPA*, que alegaba en su recurso la ausencia de base fáctica para sustentar esas instrucciones. El Tribunal desestimó estas alegaciones y consideró que, aun cuando ciertamente la acusación se había basado en el hecho de que el primero conocía efectivamente que su «socio» en Azerbaiyán, Víctor Kozeny, había tratado de sobornar a varios funcionarios del país, la prueba practicada en juicio permitía igualmente inferir ese conocimiento con base en la teoría de la *conscious avoidance*. Así, los testimonios en juicio habían demostrado que el acusado era consciente de lo generalizada que era la corrupción en Azerbaiyán; como también de la reputación de Kozeny, al que se le conocía como el «Pirata de Praga». No obstante, evitó conocer lo que este último estaba haciendo. A estos fines realizó sus inversiones a través de sociedades interpuestas destinadas a ocultar su presencia y a evitar posibles responsabilidades. Además, constaban en las actuaciones unas grabaciones en las que el mismo Bourke mostraba a otro inversor y a sus abogados su preocupación sobre la posibilidad de que Kozeny estuviera realizando prácticas ilícitas<sup>1469</sup>.

La sentencia analizada se refiere a la condena de una persona física, pero sus argumentos serían igualmente trasladables si se tratara de una persona jurídica.

En resumen, prohibiendo expresamente el pago de sobornos a través de terceras personas, la *FCPA* evita que sus destinatarios, entre ellos, las personas jurídicas, puedan eludir la responsabilidad por su incumplimiento, utilizando para ello un mecanismo tan sencillo, como sería, la contratación, para sus negocios en el extranjero, de terceros ajenos a su propia organización, en quienes «descargar» una posible responsabilidad por la realización de pagos ilícitos. Las empresas deberán pues controlar la actuación de estos terceros, y deberán hacerlo con cuidado, pues no podrán alegar que ignoraban determinados «hechos críticos», de los que razonablemente quepa inferir que aquéllos estaban incurriendo en las prácticas prohibidas por la *FCPA*.

La diligencia exigible a las entidades es máxima, pues no solo deberán ejercer sus capacidades de supervisión y control sobre sus propios empleados, sino sobre terceros ajenos a su estructura organizativa que, además, ejercen su actividad en un país extranjero. Si no lo

---

<sup>1469</sup>El 28 de Marzo de 2012, un Tribunal de Las Bahamas confirmó una decisión judicial previa en la que se denegaba la extradición a Estados Unidos de Víctor Kozeny. Véase la información facilitada al respecto por Brian Whisler, el 2 de abril de 2012, en el conocido blog del profesor Koehler: *FCPA Profesor. A Forum devoted to the Foreign Corrupt Practices Act*.



hacen debidamente, serán penalmente responsables por los delitos cometidos, no sólo, como hemos dicho, si tuvieron un conocimiento directo de lo que estaba ocurriendo<sup>1470</sup>, si no también cuando ese conocimiento alcanzó determinados hechos de los que razonablemente podía inferirse que se estaban realizando prácticas prohibidas por la *FCPA*.

De hecho, en la *FCPA Resource Guide* se hace un llamamiento a las compañías a fin de que, para reducir los riesgos asociados con las actividades de estos terceros, incluyan en sus programas de *compliance* mecanismos de control y supervisión de los mismos. Estos mecanismos, si se vieran expuestas al ejercicio de acciones amparadas en la norma, les permitiría esgrimir que ejercieron sobre ellos la diligencia debida -*appropriate due diligence*-. En este sentido se recomienda que, antes de establecer relaciones con terceros ajenos a la organización, deberían valorar, entre otras cuestiones, su reputación o, de existir, sus relaciones con los *foreign officials*. Una vez establecidos estos lazos deberían prever, entre otras medidas, alguna forma de control continuo sobre su desarrollo, que incluyan, por ejemplo, derechos de auditoría, formación periódica o la exigencia de algún tipo de certificación anual sobre el cumplimiento de sus obligaciones<sup>1471</sup>.

## 2. Responsabilidad por las entidades filiales en el extranjero

Como dijimos en su momento, en el capítulo dedicado a la doctrina del *respondeat superior*, los Tribunales federales han admitido la posibilidad de que una persona jurídica pueda ser penalmente responsable incluso por los delitos cometidos por los representantes y empleados de una de sus sociedades filiales, siempre que las pruebas pongan de manifiesto que la sociedad filial es realmente un *agent* de la matriz, que actúa bajo su control y por cuenta de la misma; o bien que la separación jurídica entre ambas es una mera formalidad y, en realidad, se

---

<sup>1470</sup>En junio del año 2008, *AGA Medical Corporation*, una empresa dedicada a la fabricación de aparatos médicos con sede en Minnesota, alcanzaba un *deferred prosecution agreement* con la Fiscalía, en virtud del cual, se comprometía: a pagar dos millones de dólares en multas; a colaborar con la investigación de los hechos; a implementar un programa de *compliance* para prevenir y detectar violaciones de la *FCPA* y de otras normas contra la corrupción, incluyendo las que pudieran afectar a sus filiales, *joint ventures*, contratistas o subcontratistas; y a quedar sometida al control de un supervisor independiente -*independent corporate monitor*-. A cambio la Fiscalía se comprometía a no formular cargos penales contra ella, si se cumplían, en un período de tres años, los términos del acuerdo alcanzado. Los hechos relatados en el escrito de acusación, que dieron lugar al acuerdo, hacían referencia, por un lado, a que entre 1997 y el año 2005, su distribuidor en China, con la conformidad de varios directivos y empleados de la compañía, que habían sido informados debidamente, había estado pagando comisiones ilícitas a médicos de ese país, que ocupaban cargos directivos en hospitales propiedad del Gobierno, para que comprasen sus productos frente a los de otros competidores. Por otro lado, a que, entre el año 2000 y 2002, AGA, también a través de su distribuidor local, había pagado sobornos a varios funcionarios de la Oficina China de Propiedad Intelectual para obtener varias patentes en dicho país. Véase, <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/agamedcorp.html>.

<sup>1471</sup>Véase la *Resource Guide to the U.S Foreign Corrupt Practices Act*, cit., p. p. 60-61.

trata de la misma entidad. Porque, admitido que una persona jurídica pueda ser penalmente responsable por el delito cometido por cualquiera de sus empleados, independientemente del cargo que ocupe en la misma, no existe obstáculo para que también los empleados de sus filiales, auténticos *subagents*, puedan generar idéntica responsabilidad<sup>1472</sup>.

Esta regla es igualmente trasladable al ámbito de la *FCPA*, con la particularidad de que dadas la conductas perseguidas, podrá tratarse de filiales extranjeras, que actúen en terceros países.

Si el fundamento de la responsabilidad de la sociedad matriz, por los delitos cometidos en el seno de una de sus filiales, es el expuesto, esto es, la existencia, entre ellas, de esa relación principal-agente, que se traduce en un control efectivo de la primera sobre la segunda, dicha responsabilidad será exigible, en el marco de la *FCPA*, aunque la matriz conozca o haya autorizado los pagos ilícitos realizados por su filial<sup>1473</sup>; de la misma manera que cualquier persona jurídica es responsable por los delitos cometidos por sus empleados, en el ejercicio de sus competencias, y para beneficiarla, aún cuando éstos no sean conocidos por la dirección de la entidad, ni hayan sido por tanto autorizados por ella.

Así parece entenderlo también la *FCPA Resource Guide*, cuando declara que si entre la sociedad matriz y la filial existe esa relación de agencia, no sólo las acciones sino también el conocimiento de la segunda se imputarán a la primera, y por tanto esta última será penalmente responsables por los pagos ilícitos que pudiera hacer la filial<sup>1474</sup>.

De hecho, antes incluso de la publicación de este documento, en el citado informe del año 2010 del *US Chamber Institute for Legal Reform*, sobre la aplicación de la *FCPA*, se evidenciaba la preocupación de las compañías americanas con filiales en el extranjero ante la posibilidad de que se consolidara esta doctrina, que la SEC ya había esgrimido en el ejercicio de algunas acciones civiles. Esto es, que las sociedades matrices tuvieran que responder por los

---

<sup>1472</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 2, p. 105.

<sup>1473</sup>En este sentido, Marceau, Justin F., «A Little Less Conversation, A Little More Action: Evaluating and Forecasting the Trend of More Frequent and Severe Prosecutions under the Foreign Corrupt Practices Act», 12 *Fordham J. Corp. & Fin. L.* 285 (2007), p. p. 299-300.

<sup>1474</sup>«If an agency relationship exists, a subsidiary's actions and knowledge are imputed to its parent. Moreover, under traditional principles of *respondeat superior*, a company is liable for the acts of its agents, including its employees, undertaken within the scope of their employment and intended, at least in part, to benefit the company»; *Resource Guide to the U.S Foreign Corrupt Practices Act*, cit., p. 27.

pagos ilícitos realizados por sus filiales en el extranjero, aún cuando no los hubieran autorizado o ni siquiera conocido<sup>1475</sup>.

No existen pronunciamientos jurisprudenciales al respecto aunque, de conformidad con la interpretación extensiva que la jurisprudencia federal hace de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, los Tribunales, en nuestra opinión, no encontrarían excesivos obstáculos para condenar en estos supuestos a la sociedad matriz.

En cualquier caso, nos gustaría destacar que la *FCPA Resource Guide*, después de incidir que, en estos casos, lo importante será que la sociedad matriz controle efectivamente a la filial, sí parece otorgar relevancia al conocimiento que la sociedad matriz tenga de sus acciones, puesto que declara que, para valorar si efectivamente la primera controla a la segunda, lo que es un elemento esencial para afirmar su responsabilidad, se tendrá en cuenta no sólo si dirige tales acciones, sino también qué grado de conocimiento tiene de ellas, siempre, añade, en el contexto de la transacción concreta de que se trate.

Por tanto, desde nuestra perspectiva, sin perjuicio de cómo se vayan aplicando en la práctica estas consideraciones, sin duda la sociedad matriz que conociera la actividades ilícitas de su filial y no hubiera hecho nada para evitarlas, poco podrá hacer para evitar su responsabilidad. Este conocimiento, por otro lado, según las propias disposiciones de la norma, podrá inferirse conforme a la doctrina de la *willful blindness*, de manera que, realmente, si la entidad matriz controla a la filial, será difícil imaginar un supuesto en el que esta pueda afirmar que desconocía las actividades ilícitas desarrolladas por su filial. Asimismo, también ha de tenerse en cuenta que la *FCPA* sí prevé expresamente la responsabilidad de las sociedades matrices si sus filiales incumplen la normativa contable en ella establecida -*accounting and recordkeeping provisions*-, aún cuando estas últimas operen íntegramente en el extranjero<sup>1476</sup>, y siempre que las primeras controlen el 50% o más de sus derechos de voto. Pues bien, esta exigencia de control sobre la contabilidad de la sociedad filial, puede convertirse en una fuente

---

<sup>1475</sup>Para los autores del informe esta consecuencia sería otra de las que se evitaría si se incluyera en la norma la previsión de que las compañías no sólo deberían actuar *corruptly*, sino también *willfully*, como las personas físicas. Véase, Weissmann, Andrew y Smith, Alixandra, *Restoring Balance. Proposed Amendments to...*, cit., p. p. 21-22.

<sup>1476</sup>En esta línea, se expresa la *Resource Guide to the U.S Foreign Corrupt Practices Act*, cit., p. 43, que incluye a estos efectos también a las entidades que constituyan una *joint venture*; esto es, que formen parte de un acuerdo temporal para la ejecución de una determinada transacción económica, en el que todos sus integrantes aportan bienes y comparten riesgos.

de conocimiento de la existencia de pagos ilícitos, si tuvieran algún reflejo en dicha contabilidad<sup>1477</sup>.

Por último, lógicamente, la responsabilidad de la sociedad matriz no planteará especiales dudas si actúa conjuntamente con su filial en la realización de la actividad ilícita, o si sencillamente la emplea a modo de intermediario para la realización del pago.

### **3. Responsabilidad penal por infracciones de la FCPA, en los supuestos de fusiones y adquisiciones de empresas. *Successor Liability***

La *FCPA Resource Guide* dedica un apartado a las fusiones y adquisiciones de empresas. En él, se parte de la premisa de que en ambos casos será posible perseguir a la *surviving* o *acquiring corporation* por los delitos cometidos, respectivamente, por las entidades disueltas por la fusión o la entidad adquirida. Porque, la *successor liability*, se afirma, es un componente esencial del Derecho de sociedades que, entre otras cosas, evita que las compañías eludan sus responsabilidades reorganizándose, y se aplica ya sean responsabilidades civiles o penales. La FCPA no ha de ser una excepción<sup>1478</sup>.

No distingue, pues, a estos efectos, la *FCPA Resource Guide* entre fusiones y adquisiciones de empresas, como no distingue si estas últimas se realizan mediante la compra de acciones o mediante la compra de activos. Para la Fiscalía Federal, en todos estos casos, será posible exigir responsabilidad penal a la entidad resultante de la fusión o a la entidad compradora -*successor corporation*- por los delitos cometidos antes de la fusión o la adquisición.

Al pronunciarse así, la Fiscalía y la SEC no hacen sino consagrar una realidad que ellas mismas ya habían puesto en marcha antes de la publicación de este documento, con un aumento considerable del ejercicio de acciones amparadas en la FCPA, en este contexto de fusiones y adquisiciones<sup>1479</sup>.

Efectivamente, impulsada por ese afán de perseguir las conductas prohibidas en la FCPA, ante la falta de pronunciamientos judiciales limitadores, porque los procedimientos

---

<sup>1477</sup>Brown, H. Lowell, «Parent- Subsidiary Liability under the Foreign Corrupt Practices Act», *50 Baylor L. Rev.* 1 (1998), p. 37.

<sup>1478</sup>Véase la *Resource Guide to the U.S Foreign Corrupt Practices Act*, cit., p. 28.

<sup>1479</sup>Véase, Lindsay, Carolyn, «More Than You Bargained For: Successor Liability...», cit., p. 967; Grimm, Daniel J., «The Foreign Corrupt Practices Act...», cit., p. 292.

penales no alcanzan la fase de juicio oral, la Fiscalía no tiene duda alguna de que no sólo en los casos de fusiones se producirá ese «traslado» de responsabilidad penal desde las entidades disueltas a la entidad resultante de la fusión<sup>1480</sup>; sino que ello también tendrá lugar, hacia la entidad adquirente, en los casos de adquisiciones; algo que la Jurisprudencia Federal como dijimos en su momento, aún no había afirmado tan tajantemente<sup>1481</sup>.

Esta consagración de la *successor liability* en el contexto de la FCPA ha llamado la atención de la doctrina. Los autores alertan a las compañías de los efectos de la misma y, por tanto, de la necesidad de adoptar medidas adecuadas para detectar la posible existencia de prácticas ilícitas en el seno de aquellas entidades con las que pretendan iniciar procesos de fusión o adquisición, particularmente, si se trata de entidades extranjeras<sup>1482</sup>.

Para algún autor, esta aplicación de la *successor liability* es un reflejo de la expansión que está también experimentando en otros ámbitos, como el de la responsabilidad administrativa<sup>1483</sup>; mientras que otros ponen de manifiesto, especialmente en los casos de adquisiciones, la falta de una jurisprudencia clara que apoye ese traslado de la responsabilidad penal a la entidad adquirente, calificando de «agresiva» la posición de la Fiscalía<sup>1484</sup>.

---

<sup>1480</sup>Véase la parte de este trabajo dedicada a esta cuestión. Allí citábamos como precedentes más significativos las sentencias dictadas en *United States v. Alamo Bank of Texas*, 880 F.2d 828 (5th Cir. 1989); *United States v. Polizzi*, 500 F.2d 856 (9th Cir. 1974); y *United States v. Shields Rubber Corp.*, 732 F. Supp. 569, 571-72 (W.D. Pa. 1989). Estos mismos precedentes cita la *FCPA Resource Guide*, en apoyo de esa declaración general a favor de la *successor liability*. Véase la *Resource Guide to the U.S Foreign Corrupt Practices Act*, nota 184.

Como ejemplo de esta exigencia de responsabilidad penal por delitos previstos en la FCPA a una entidad resultante de un proceso de fusión, podemos citar el caso de la compañía de tabaco *Alliance One*. Esta compañía se formó en el año 2005 como consecuencia de la fusión de otras dos sociedades, *Dimon Incorporated* y *Standard Commercial Corporation*. En el año 2010, la Fiscalía acusó a *Alliance One* por varios delitos contemplados en la FCPA, cometidos por dos filiales extranjeras de las entidades fusionadas, esto es, de *Dimon Incorporated* y *Standard Commercial Corporation*; entendiéndose que la primera, que era la entidad resultante de la fusión, debía asumir la responsabilidad penal que a las segundas correspondían por los delitos cometidos por sus filiales. Finalmente *Alliance One* alcanzó un *non prosecution agreement* con la Fiscalía, y ello después que las sociedades filiales extranjeras se declararan culpables de varios delitos. En virtud de dicho acuerdo, se comprometía a colaborar con la investigación y a que, durante un plazo mínimo de tres años, un *independent compliance monitor* supervisara la implementación de un programa de *compliance* adecuado. Además de con la fiscalía, *Alliance One* alcanzó un acuerdo con la SEC, que le había demandado en vía civil, por el que se comprometía a devolver aproximadamente 10 millones de dólares de beneficios. Véase, Weissmann, Andrew y Smith, Alixandra, *Restoring Balance. Proposed Amendments to...*, cit., p. 17.

<sup>1481</sup>Véase la parte de este trabajo dedicada a esta cuestión.

<sup>1482</sup>Véase, al respecto, Grimm, Daniel J., «The Foreign Corrupt Practices Act...», cit.; Lindsay, Carolyn, «More Than You Bargained For: Successor Liability ...», cit.; Marceau, Justin F., «A Little Less Conversation, A Little More Action: Evaluating and Forecasting...», cit., p. p. 302-303.

<sup>1483</sup>Grimm, Daniel J., «The Foreign Corrupt Practices Act...», cit., p. 292.

<sup>1484</sup>Marceau, Justin F., «A Little Less Conversation, A Little More Action: Evaluating and Forecasting...», cit., p. 303.

Muy crítico se mostraba, al respecto, el *US Chamber Institute for Legal Reform*, en su informe sobre la *FCPA* del año 2010, destacando, por un lado, la complejidad de la cuestión, que exige la valoración de multitud de factores, lejos pues de «la sencillez» del planteamiento de la Fiscalía<sup>1485</sup>; y, por otro, en línea con lo destacado por algún autor, la falta de Jurisprudencia Federal en apoyo de dicho planteamiento<sup>1486</sup>.

Para ilustrar su crítica, este informe cita un acuerdo alcanzado por la Fiscalía en el año 2010, que, ciertamente, merece la pena destacar, porque resulta muy ilustrativo sobre cómo se ha reflejado en la práctica esta política de los fiscales federales.

*Snamprogetti Netherlands B.V* era una filial danesa de la compañía *ENI SPA*, que entre los años 1994 y 2004, y junto a otras compañías con las que en su momento había formado una *joint venture*, había estado pagando decenas de millones de dólares a funcionarios nigerianos, para la obtención y mantenimiento de una serie de contratos en territorio nigeriano, dentro del denominado «the Bonny Island Project», relacionado con la explotación de gas natural<sup>1487</sup>.

En el año 2006, cuando la investigación penal por estos pagos ya estaba en marcha, la compañía *ENI SPA* vendió *Snamprogetti Netherlands B.V* a la entidad *SAIPEM S.P.A.*<sup>1488</sup>

Pues bien, el acuerdo finalmente alcanzado con la Fiscalía, y que puso fin a dicha investigación y al procedimiento penal iniciado por los delitos cometidos por *Snamprogetti*, incluyó a esta última, pero también a su entidad matriz, *Snamprogetti Netherlands B.V*, y a la entidad que la adquirió, *SAIPEM S.P.A.*

En virtud de dicho acuerdo, *Snamprogetti* aceptaba pagar, en un plazo de diez días, una multa de 240 millones de dólares, estipulándose que si dicho pago no se realizaba, tanto *ENI SPA* como *SAIPEM S.P.A.* se comprometían a realizarlo. Además, y en segundo lugar, las tres entidades se comprometían a instaurar un programa de *compliance* para evitar en el futuro comportamientos como los que habían dado lugar a la acusación contra *Snamprogetti*. A cambio de ello, valorándose la colaboración presente y futura para la investigación de los hechos, y

---

<sup>1485</sup>Véase la parte de este trabajo dedicada a esta cuestión.

<sup>1486</sup>Véase, Weissmann, Andrew y Smith, Alixandra, *Restoring Balance. Proposed Amendments to...*, cit., p. p. 14-20.

<sup>1487</sup>El contenido del acuerdo está disponible en <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/snamprogetti/07-07-10snamprogetti-dpa.pdf>.

<sup>1488</sup>Weissmann, Andrew y Smith, Alixandra, *Restoring Balance. Proposed Amendments to...*, cit., p. 17.

siempre que se cumplieran los términos del acuerdo alcanzado, la Fiscalía se comprometía a no continuar el procedimiento penal contra *Snamprogetti*, y, al mismo tiempo, a no utilizar en el futuro los hechos imputados a la misma contra su sociedad matriz, *ENI SPA*, o contra la entidad que en el momento del acuerdo era ya su nueva dueña, *SAIPEM S.P.A.*<sup>1489</sup>

La inclusión en el acuerdo de esta última entidad pone de manifiesto que la Fiscalía consideraba que podía perseguirla penalmente por los delitos cometidos por *Snamprogetti*; unos delitos que se habían cometido entre 1996 y 2004, cuando la adquisición había tenido lugar en el año 2006.

De hecho, la Fiscalía Federal ya se había pronunciado a favor de esta posibilidad en varias *Opinion Procedure Release* previas a este acuerdo, emitidas de conformidad con las previsiones contenidas en la *FCPA*.

Efectivamente, esta norma dispone expresamente<sup>1490</sup> que cualquier *issuer* o *domestic concern* puede dirigirse a la Fiscalía para consultarle si una determinada conducta sería o no perseguible en el marco de la *FCPA*<sup>1491</sup>; dando lugar a la emisión de un dictamen sobre el particular, partiendo de los datos fácticos que le son suministrados. Es más, la norma añade que si ese dictamen hubiera concluido que la conducta sobre la que se elevó la consulta era lícita, y posteriormente la Fiscalía pretendiera perseguirla, se presumirá dicha licitud, salvo prueba en contrario; pudiendo el Tribunal valorar, a estos efectos, si la información facilitada en su día fue exacta y completa y si la conducta que se pretende perseguir corresponde con la que fue objeto de la consulta.

Las consultas pueden referirse a cualquier aspecto contemplado en la *FCPA*<sup>1492</sup>; pero su utilidad en este contexto de las fusiones y adquisiciones resulta, en nuestra opinión, particularmente interesante.

---

<sup>1489</sup>Véase el texto del acuerdo, p. 7.

<sup>1490</sup>15. *U.S. Code*, 78 dd-1 (e); 78 dd- (f).

<sup>1491</sup>Sobre el procedimiento a seguir, véase la *Resource Guide to the U.S Foreign Corrupt Practices Act*, cit., p. p 86-87.

<sup>1492</sup>Un índice de las emitidas, desde 1980 a 2012, puede consultarse en O'Melveny & Myers LLP, *Foreign Corrupt Practices Act. An O'Melveny Handbook*, cit., apéndice B.

Ya vimos en su momento como estas operaciones societarias van precedidas de lo que se conoce como *due diligence investigations*, destinadas a conocer con exactitud cuál es la situación real, a todos los niveles, de las entidades implicadas en las mismas.

Pues bien, a través de la elevación a la Fiscalía de este tipo de consultas, en el contexto de las *M&A*, las entidades pueden, en caso de duda, obtener un juicio sobre si el grado de diligencia empleado por ellas ha sido suficiente durante estos procesos previos de investigación, para detectar y, en su caso, poner fin, a posibles infracciones de la *FCPA* en el seno de la compañía con la que se pretende fusionar o que tienen intención de adquirir.

La cuestión no es baladí, porque si el grado de diligencia es el adecuado, ello jugará a su favor ante una posible exigencia futura de responsabilidad penal.. El hecho de que la *predecessor corporation* haya actuado diligentemente a la hora de detectar la posible comisión de infracciones previstas en la *FCPA*, en el seno de las entidades con las que pretende fusionarse o que pretende adquirir, no le eximirá sin más de responsabilidad penal por los delitos cometidos por estas últimas antes de una u otra operación. Pero la existencia de una investigación previa adecuada, acompañada de una reacción, también adecuada, si se hubieran detectado pagos ilícitos (que debería comprender la correspondiente denuncia y la colaboración en la investigación) disminuirá las posibilidades de que en el futuro se ejerzan contra ella acciones penales.

Veamos, como ejemplo, el supuesto de hecho examinado en la *FCPA Opinion Procedure Release 2003-01*<sup>1493</sup>.

En ella, la entidad que elevó la consulta -*U.S. Issuer*- ponía de manifiesto que pretendía adquirir las acciones de una compañía americana con filiales en los Estados Unidos y en el extranjero, y que, durante las investigaciones previas a dicha adquisición, había descubierto que algunos *officers* de estas filiales habían estado abonando sobornos prohibidos por la *FCPA*.

Ante tal descubrimiento, teniendo la intención de continuar con el proceso de adquisición, la compañía, para tratar de asegurarse que en el futuro no tendría que afrontar

---

<sup>1493</sup>Las opiniones vertidas hasta este momento por la Fiscalía en estos supuestos y en todos los demás relacionados con la *FCPA*, pueden consultarse en <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/>. Para un análisis mas detallado de las emitidas en casos de fusiones y adquisiciones, véase, Lindsay, Carolyn, «More Than You Bargained For: Successor Liability Under the U.S...», cit., p. 975-981.



responsabilidades penales por tales hechos, sometía al examen de la Fiscalía, por un lado, las acciones que ya había llevado a cabo y que habían incluido el cese de los pagos ilícitos, la suspensión de los empleados implicados y la denuncia ante las autoridades; y, por otro, toda una serie de actividades complementarias pendientes de realizar, entre ellas, la colaboración con las autoridades en la investigación de los hechos, la inclusión de la entidad adquirida en su propio programa de *compliance* o la sanción de los trabajadores implicados.

Examinada la información facilitada, la Fiscalía se pronunció en el sentido de que no tenía intención de ejercer contra la compañía que elevó la consulta ninguna acción por los pagos ilícitos previos a la adquisición; una declaración de intenciones *-statement of intent-*, se declaraba en el documento, que no se aplicaría a los pagos realizados después de dicho momento, ni a las personas físicas implicadas en la realización o en la autorización de los mismos<sup>1494</sup>.

También resultan interesantes las manifestaciones realizadas por la Fiscalía en su *Opinion Procedure Release No. 08-02*<sup>1495</sup>.

En este caso, la empresa que elevaba la consulta era la empresa americana *Halliburton Company*, que había adquirido, tras participar en un concurso público, una empresa inglesa, que suministraba productos y servicios relacionados con el gas y el petróleo y que operaba en más de cincuenta países.

La especialidad del caso, que lo diferencia además del analizado en la opinión del año 2003, es que las condiciones del concurso en el que se había producido la adquisición - particularmente, las limitaciones temporales y de acceso a la información- no habían permitido a la compañía *Halliburton*, antes de formalizar la operación, llevar a cabo una adecuada investigación sobre si en el seno de la entidad adquirida se habían estado realizando prácticas prohibidas por la *FCPA*.

---

<sup>1494</sup>Declara la Fiscalía: «Based on all the facts and circumstances, as represented by the Requestor, the Department does not presently intend to take any enforcement action against the Requestor for the pre-acquisition conduct of described in its request of companies that will be wholly-owned subsidiaries following the acquisition. This statement of intent does not, of course, apply to any payments made after the date of acquisition, nor does it apply to individuals involved in making or authorizing the payments».

<sup>1495</sup>A ella se remite expresamente la *FCPA Resource Guide*, p. 62.

Ante ello, *Halliburton* elaboró un plan de actuación posterior a la adquisición, que es el que se sometió a la evaluación de la Fiscalía. Entre otras acciones, incluía la realización de entrevistas con el personal de la entidad adquirida y la contratación de agentes externos para examinar y auditar toda la documentación relevante de dicha entidad, entendiéndose como tal la documentación contable, pero también, incluso, los correos electrónicos.

Dicho plan obtuvo, con algunas condiciones, el «visto bueno» de la Fiscalía que, no obstante, se reservó el derecho a ejercer cualquier acción contra la entidad adquirida o contra cualquiera de sus filiales, por cualquier vulneración de la *FCPA* u otra norma federal, antes o después de la operación, hubiera sido o no puesta en su conocimiento; si bien, en este último caso, la revelación se tendría en cuenta como voluntaria, a los efectos de decidir sobre si ejercitar o no acciones penales<sup>1496</sup>.

En definitiva, como avanzamos, *FCPA Resource Guide*, cuando se ocupa de la *successor liability*, no hace sino consagrar una forma de actuar por parte de la Fiscalía, que ya era una realidad y que se había reflejado, entre otras actuaciones, en las *opinions procedure release* que hemos analizado.

Precisamente por ello, la guía anima encarecidamente a las compañías implicadas en procesos de fusión o adquisición a desarrollar diligentemente las investigaciones previas a estos procesos, denunciando las actividades ilícitas que descubran. En efecto, si esta denuncia se produce antes de la culminación de tales procesos, las responsabilidades penales que correspondan podrán exigirse convenientemente a las entidades en cuyo seno se cometieron y no a las *successor corporations*. La persecución de estas últimas, según declara la *Resource Guide*, será excepcional y queda reservada a aquellos supuestos en los que hayan participado en la actividad ilícita o bien, detectándola, no le hayan puesto fin<sup>1497</sup>. No obstante la inclusión de la *successor corporation* en el posible acuerdo que la entidad responsable pudiera alcanzar con

---

<sup>1496</sup>Las duras exigencias de este dictamen fueron objeto de fuertes críticas en el informe sobre la *FCPA* del 2010 del *US Chamber Institute for Legal Reform*. De hecho la propia Fiscalía, en la *FCPA Resource Guide* admite que el mismo se dictó en un supuesto muy concreto, y que sus conclusiones podrían no ser trasladables a otros supuestos. Véase, Weissmann, Andrew y Smith, Alixandra, *Restoring Balance. Proposed Amendments to...*, cit., p. p. 15-17; y la *Resource Guide to the U.S Foreign Corrupt Practices Act*, cit., p. 29. También, Grimm, Daniel J., «The Foreign Corrupt Practices Act...», cit., p. p. 325-328.

<sup>1497</sup>Véase la *Resource Guide to the U.S Foreign Corrupt Practices Act*, cit., p. p. 28-29.

la Fiscalía estaría justificado para asegurarse que, en el futuro, no se les exigirá responsabilidad alguna<sup>1498</sup>.

Así se declaró expresamente en el *deferred prosecution agreement* alcanzado en el caso *Snamprogetti*.

Este, aunque con algún matiz, había sido también el caso, seis años antes, de la compañía *General Electric*.

En el año 2004, la compañía *General Electric* pretendía adquirir *InVision*, una empresa que fabricaba un dispositivo para la detección de bombas, que estaba siendo utilizado en aeropuertos de todo el mundo. Antes de alcanzar un acuerdo definitivo, tras las oportunas investigaciones, *General Electric* descubrió que distribuidores y agentes de *InVision* habían estado pagando sobornos para vender los dispositivos en aeropuertos de Tailandia, Filipinas y China. Ante ello, la primera exigió a la segunda que, antes de concluir el acuerdo correspondiente, revelara a las autoridades la existencia de esta práctica. Así lo hizo *InVision*, que, finalmente, alcanzó un acuerdo conjunto con el Departamento de Justicia y con la SEC, por el que se comprometía a abonar 800.000 dólares. *General Electric* culminó la adquisición de *InVision* y, a su vez, alcanzó un acuerdo con la Fiscalía, por el que se comprometía, entre otros extremos, a integrar a esta última en su programa de *compliance* y a que un supervisor externo evaluara la eficacia de dicha integración<sup>1499</sup>.

#### **4. Compliance Programs**

En el ámbito de la *FCPA*, los programas de cumplimiento juegan el papel que, con carácter general, se les reserva en el modelo federal de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Su mera tenencia, aun cuando el programa pudiera ser calificado de eficaz, no impediría que una persona jurídica pudiera ser declarada penalmente responsable por un jurado, si uno de sus directivos o empleados cometiera alguna de las infracciones penales previstas en su texto, actuando en el ámbito de su competencia y en beneficio de la entidad. No obstante, y simultáneamente, esta tenencia puede ser esencial a la hora de decidir sobre el ejercicio mismo de la acción penal.

---

<sup>1498</sup>Véase la *Resource Guide to the U.S Foreign Corrupt Practices Act*, cit., p. 29.

<sup>1499</sup>Lindsay, Carolyn, «More Than You Bargained For: Successor Liability Under the U.S...», cit., p. p. 969-970.

No es de extrañar que la *FCPA Resource Guide* se ocupe de esta cuestión y señale qué elementos tendrán en cuenta tanto la Fiscalía como la SEC, cada una en su respectivo ámbito, a la hora de evaluar tales programas<sup>1500</sup>. Estos elementos, que siguen básicamente la línea marcada por *las sentencing guidelines*, son los siguientes<sup>1501</sup>:

a) El compromiso de la dirección de la entidad con lo que se denomina *culture of compliance*, que ha de implicar un importante esfuerzo por su parte a la hora de implementar y vigilar el cumplimiento del programa adoptado. Según la guía, «una fuerte cultura ética es la base de un fuerte programa de cumplimiento».

b) La previsión de un código de conducta, que se prefiere sea claro, conciso y accesible a todos los empleados, como también la fijación de cuáles son las pautas y los procedimientos para su cumplimiento. A estos efectos se aconseja que se valore el tamaño y la naturaleza de la empresa, así como los riesgos asociados a su actividad, entre ellos: la naturaleza y alcance de las transacciones con gobiernos extranjeros, incluyendo los pagos a funcionarios; el empleo de terceros ajenos a la entidad; los posibles gastos en regalos, viajes o similares; o las donaciones, sean políticas o sean a otro tipo de instituciones. Se destaca, en este sentido, como algunas multinacionales han creado un sistema que exige la previa aprobación de determinados gastos relacionados con funcionarios extranjeros (viajes, regalos, etc.), que adecuadamente implementado y con la flexibilidad necesaria puede ser muy útil para prevenir la vulneración de la *FCPA*.

c) Debe existir, asimismo, dentro de la compañía, personal específico que vigile la implementación del programa. Un personal que deberá estar dotado de la autonomía y la autoridad necesarias para llevar a cabo su cometido, así como de los recursos adecuados atendiendo al tamaño, estructura y características de los riesgos que la misma afronte.

e) Una adecuada y periódica evaluación de los riesgos que puede afrontar la entidad en el ejercicio de su actividad en este concreto ámbito.

---

<sup>1500</sup>Entre 2001 y 2012, la SEC demandó a 62 compañías por vulneraciones de la *FCPA*. En 61 de estos casos, también se presentaron cargos penales. Véase, Garret, Brandon L., *Too Big to Jail. How Prosecutors...*, cit. p. 241.

<sup>1501</sup>Véase la *Resource Guide to the U.S Foreign Corrupt Practices Act*, cit., p. p. 57-63.

f) Un sistema de formación adecuado destinado a su personal, así como los mecanismos adecuados para que este personal pueda pedir asesoramiento adecuado si el mismo fuera preciso de manera urgente.

g) El establecimiento de incentivos para el cumplimiento del programa y, simultáneamente, un adecuado sistema de disciplinario para el caso de incumplimiento.

h) Un adecuado sistema para el control de aquellos terceros que trabajen para la entidad en el extranjero como agentes, consultores o distribuidores, para evitar que se utilicen para ocultar el pago de sobornos.

i) El establecimiento de un sistema adecuado para canalizar las denuncias internas así como para desarrollar las investigaciones internas correspondientes.

j) La implementación de un método de evaluación del propio programa para introducir en él, cuando fuera necesario, las mejoras pertinentes.

Si como consecuencia de la evaluación de estos factores el programa de cumplimiento de la compañía merece un juicio positivo de la Fiscalía, será un elemento fundamental a la hora decidir no ejercer acciones penales contra ella. Cabe señalar que, también en este ámbito, se han alzado voces dentro de la comunidad empresarial a favor de que la existencia de estos programas debería suponer la exención de responsabilidad penal<sup>1502</sup>.

Cabe indicar, asimismo, que ese aumento espectacular en el número de investigaciones penales contra las personas jurídicas, por infracciones previstas en la *FCPA*, al que hemos aludido, se ha traducido, como no podía ser de otra manera, en un incremento igualmente espectacular del número de acuerdos que estas entidades alcanzan con la Fiscalía, para evitar el juicio<sup>1503</sup>. Los criterios que utiliza la Fiscalía, a estos efectos, así como los problemas que los

---

<sup>1502</sup>Véase, Weissmann, Andrew y Smith, Alixandra, *Restoring Balance. Proposed Amendments to...*, cit., p. p. 11-14, que propone como modelo la previsiones al respecto de la *Bribery Act* de 2010, aprobada por el Parlamento Inglés.

<sup>1503</sup>En este sentido, Koehler, Mike, «Revisiting A Foreign Corrupt Practices Act Compliance Defense», *2012 Wis. L. Rev.* 609 (2012), p. 649; Barta, James A. y Chapman, Julia, «Foreign Corrupt Practices...», cit., p. p. 849-850; también, Marceau, Justin F., «A Little Less Conversation, A Little More Action: Evaluating and Forecasting...», cit., p. 287. En la misma línea, el informe elaborado por el *US Chamber Institute for Legal Reform*, que llama la atención sobre el hecho de que, dado que la gran mayoría de las investigaciones penales basadas en la *FCPA* terminan en

misimos plantean son, por otro lado, comunes a aquellos que se alcanzan con relación a otras infracciones penales y que expusimos ampliamente en su momento.

### III. CONCLUSIONES

Dos conclusiones fundamentales extraeríamos de todo lo expuesto.

La primera, que la *FCPA* es un buen ejemplo de cómo funciona, en la práctica, el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas; y un ejemplo a tener muy en cuenta, dado el impulso que, en los últimos tiempos, ha experimentado su aplicación. Particularmente, la *FCPA Resource Guide* es una exposición clara de cuáles son, en este campo, las «reglas del juego» de la Fiscalía; lo que es esencial dado el monopolio que ostenta sobre la acción penal. Las referencias frecuentes que, a lo largo de este trabajo, hemos hecho a su contenido, y en ámbitos ajenos a la *FCPA*, es una prueba clara de esta opinión; sin perjuicio de las críticas que ello puede despertar al dejar en manos de la Fiscalía, un papel, el de intérprete de la norma, que debería desempeñar los jueces.

La segunda, que la *FCPA* representa una forma de exportar a otros Estados el Derecho Penal de los Estados Unidos en este ámbito<sup>1504</sup>, dadas las posibilidades de perseguir a entidades extranjeras por conductas cometidas en los Estados Unidos pero también en el extranjero, cuando exista una conexión con los Estados Unidos; y con ello su modelo de lucha contra la corrupción en este ámbito. Algunos autores entienden que este ejercicio extraterritorial de la jurisdicción puede beneficiar a aquellos países que tengan un sistema judicial poco efectivo en este campo<sup>1505</sup>; pero otros pueden pensar que no es sino una forma de imperialismo. En cualquier caso es una realidad que, como tal, no puede ser ignorada. Con un problema añadido: como prácticamente ningún procedimiento llega a juicio, los jueces no tienen la oportunidad de resolver cuestiones sobre la jurisdicción<sup>1506</sup>, y entre ellas, los posibles abusos que puedan cometerse.

---

acuerdos con la Fiscalía y que, por tanto, la jurisprudencia al respecto es prácticamente inexistente, la interpretación de la norma ha quedado en manos de los fiscales.

<sup>1504</sup>En este sentido, Garret, Brandon L., *Too Big to Jail. How Prosecutors...*, cit., p. 246, que considera que los Estados Unidos es el «leading exporter of Corporate Criminal Law».

<sup>1505</sup>Garret, Brandon L., *Too Big to Jail. How Prosecutors...*, cit., p. 244.

<sup>1506</sup>Garret, Brandon L., *Too Big to Jail. How Prosecutors...*, cit., p. 243.



## CAPÍTULO DECIMOCUARTO. *INSIDER TRADING*

### I. INTRODUCCIÓN. *FEDERAL SECURITIES LAW*

Como ocurre con respecto a otras materias relacionadas con la protección general del mercado o sus operadores, los Estados Unidos fueron pioneros en la regulación del funcionamiento del mercado de valores. El *crack* económico de 1929, como recordaba el Tribunal Supremo Federal en la sentencia dictada en el caso *Ernst & Ernst v. Hochfelder*<sup>1507</sup>, provocó, entre otras muchas consecuencias, el surgimiento de la regulación federal en este campo –*Federal Securities Law*–.

En el año 1933, se aprobaba la *Securities Act* diseñada, por un lado, para facilitar a los inversores una información completa en los supuestos de ofertas pública de acciones y protegerles frente a los fraudes y, por otro, para promover unos estándares éticos mínimos de honestidad y juego limpio<sup>1508</sup>. Un año más tarde, la *Securities Exchange Act*, completando la anterior, trataba de proteger a esos mismos inversores frente a las manipulaciones ilícitas de los precios de los valores e imponía a las compañías cuyas acciones cotizaban en bolsa, determinadas obligaciones de información<sup>1509</sup>. Se intentaba así promover la transparencia en la compraventa de valores, estableciéndose mecanismos de control tanto sobre las entidades emisoras –*issuers*–, como sobre las transacciones<sup>1510</sup>.

La primera de las normas mencionadas, la *Securities Act* de 1933, crea la *Securities Exchange Commission (SEC)*. A ella le corresponde, fundamentalmente, velar por el cumplimiento de las obligaciones establecidas tanto en ella, como en las demás normas destinadas a regular el mercado de valores<sup>1511</sup> y, en general, supervisar su buen funcionamiento

---

<sup>1507</sup>*Ernst & Ernst v Hochfelder*, 425 U. S. 185 (1976).

<sup>1508</sup>*Ernst & Ernst v Hochfelder*, 425 U. S. 185 (1976).

<sup>1509</sup>*Ernst & Ernst v Hochfelder*, 425 U. S. 185 (1976).

<sup>1510</sup>Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., p. 153. También, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 2, p. 6-9.

<sup>1511</sup>En los años posteriores a la aprobación de la *Securities Act* y de la *Securities Exchange Act*, el Congreso Federal aprobó otras normas destinadas o a regular otros aspectos concretos relacionados con el mercado de valores y a imponer ciertas obligaciones a los operadores que actuaran en el mismo. Entre ellas, destacan la *Public Utility Holding Company Act* de 1940, cuyos destinatarios son las compañías productoras y distribuidoras de gas y electricidad, a las que se obliga a registrarse y al cumplimiento de determinadas obligaciones financieras; la *Trust Indenture Act* de 1939, que, entre otras, impone determinadas obligaciones de información a las entidades emisoras de *debt securities*; la *Investment Company Act* y la *Investment Adviser Act* de 1940, destinadas a las sociedades de inversión y a todas a aquellas compañías que asesoren a terceros en las transacciones de valores, que quedan sujetas al marco regulador establecido en sus textos; y la *Securities Investor Protection Act* de 1970, cuyo finalidad



y el de sus operadores. Con este fin, además de tener capacidad normativa, fue dotada de un arsenal de *flexible enforcement powers*<sup>1512</sup> que le permiten, entre otras facultades, entablar, ante los Tribunales civiles, acciones judiciales contra aquellos que vulneren las obligaciones establecidas por la ley, exigiendo el cumplimiento de las mismas y sancionando su incumplimiento<sup>1513</sup>.

Cuando estas vulneraciones sean constitutivas de delito, sin perjuicio de la colaboración que puedan prestarse mutuamente, la facultad para su persecución está reservada a la Fiscalía.

Efectivamente, en determinados supuestos, la realización de determinadas prácticas prohibidas por las *securities statutes*<sup>1514</sup> puede dar lugar a responsabilidades de distinta naturaleza que, en ocasiones, podrán exigirse de forma paralela o sucesiva<sup>1515</sup>. A diferencia de lo que ocurre en nuestro ordenamiento, no existe en esta materia una doble regulación, administrativa y penal<sup>1516</sup>, sino una sola, que puede dar lugar a responsabilidades diversas.

Así, en ocasiones, de conformidad con la regla 32 (a) de la *Securities Exchange Act*<sup>1517</sup>, será el *state of mind* concurrente en el infractor el que convierta en delito la comisión de alguna de las conductas prohibidas, de manera que cuando estas se cometan *willfully*, el sujeto incurrirá en responsabilidad penal<sup>1518</sup>. Esta íntima conexión entre las infracciones meramente civiles y las

---

fundamental es otorgar protección financiera a los clientes de los *broker-dealer* (entidad que actúa en el mercado de valores en nombre de sus clientes y en el suyo propio), que no puedan atender sus obligaciones debido a dificultades financieras. Véase Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 2, p. 9- 12.

<sup>1512</sup>*Ernst & Ernst v Hochfelder*, 425 U. S. 185 (1976).

<sup>1513</sup>Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol.2, p. 13. En determinados supuestos, también los particulares perjudicados por la realización de prácticas prohibidas pueden ejercer acciones judiciales para el resarcimiento de daños.

<sup>1514</sup>La gran mayoría de las acciones encuentra amparo en la *Securities Act* de 1933 y la *Securities Exchange Act* de 1934; Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar Crime...*, cit., p. 78- 79.

<sup>1515</sup>Sobre las especialidades procesales que concurren cuando un procedimiento civil o administrativo por un hecho concreto se solapa con el proceso penal, véase, Arkin, Stanley S., *Business Crime. Criminal Liability of the Business Community*, cit., § 2 (versión electrónica), que analiza con detenimiento los problemas que pueden plantearse. También, Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar Crime...*, cit., p. 294- 314. Asimismo deben tenerse en cuenta las limitaciones que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal ha impuesto para el ejercicio sucesivo de acciones civiles y penales por un mismo hecho. Según el Alto Tribunal, dicho ejercicio podría vulnerar *the Double Jeopardy Clause*. Esta cláusula, según la doctrina establecida en *United States v. Halper*, 490 U.S. 435 (1989), además de proteger a cualquier persona frente a una segunda acusación por un hecho por el que ya haya sido condenada o absuelta, implica que no podrán imponerse múltiples castigos por un mismo delito. Pues bien, en ocasiones, según declara el Alto Tribunal, una *civil penalti*, esto es, la sanción derivada del incumplimiento de una norma –*statutory violation*– puede ser tan extrema que puede constituir un auténtico *punishment*. Véase también, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 2, p. 16.

<sup>1516</sup>Véase, López Barja de Quiroga, J., «El abuso de información privilegiada», *Curso de Derecho Penal Económico*, Bacigalupo E. (Dir), 2ª ed., 2005, p. 351.

<sup>1517</sup>15 U.S.Code § 78ff (a).

<sup>1518</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., p. 154.

que son sin embargo constitutivas de delitos, implica, por otro lado, que en el ámbito del *Securities Law* la interrelación entre la jurisprudencia civil y penal sea especialmente intensa<sup>1519</sup>.

Pues bien, es en este marco de prevención y castigo de aquellas conductas que puedan perjudicar al recto funcionamiento del mercado de valores, donde debemos situar la prohibición del *insider trading*, esto es, la prohibición de utilización de información «privilegiada» en la compraventa de valores negociables. Su incumplimiento puede dar lugar a responsabilidad administrativa, civil o penal.

Como ocurre en nuestro entorno, también en los Estados Unidos se ha debatido y se debate sobre la conveniencia de la prohibición de esta práctica, sobre los fundamentos de su prohibición y sobre si ha de perseguirse o no penalmente<sup>1520</sup>. No nos vamos a centrar sin embargo, en este debate. Porque lo que nos interesa destacar, y justifica precisamente que nos ocupemos de ella, es la expansión que su persecución por parte de las autoridades ha sufrido en los últimos tiempos<sup>1521</sup>.

---

<sup>1519</sup>En este sentido, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 2, p. p. 16-19. También, Strader, Kelly J., *Understanding White Collar...*, cit., p. 98. Sobre este acercamiento o solapamiento, en general, y no sólo en esta materia, entre la responsabilidad civil y penal, resultan interesantes las reflexiones que, ya en los años 90, y ante la expansión del Derecho Federal, hacía el profesor John C. Coffee Jr. En su opinión, el desarrollo del Derecho Penal Federal estaba borrando la diferencia nítida que debía existir entre el Derecho Civil y el Penal, entre *tort* and *crime*, lo que provocaría injusticia y, en último término, un debilitamiento del segundo como instrumento de control social. Era pues necesario dibujar con claridad los contornos del mismo, explicando cuáles son sus fines y métodos y cómo estos difieren del *tort law*. En su opinión, las características típicas del Derecho Penal, como el papel fundamental de la intencionalidad, la importancia relativa del daño causado a la víctima, la presencia de las penas privativas de libertad como sanción o el hecho de que su ejecución corresponda al poder público, no eran ya últimamente tan decisivas. El factor esencial debía ser, en su opinión, su papel como instrumento de educación moral y de socialización. De esta forma debía ser respetado no sólo por la amenaza que implica, sino porque la colectividad debía percibir que sus normas son legítimas y merecen ser cumplidas. A diferencia del *Tort Law*, el Derecho Penal debía ser un instrumento para la transmisión de valores. Véase, Coffee, John C. Jr., «Does "Unlawful" Mean "Criminal"?: Reflections on the Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law», *71 B.U. L. Rev.* 193 (1991).

<sup>1520</sup>Al respecto, véase, Wang, William K. S. y Steinberg, Marc I., *Insider Trading Liability and Compliance*, Matthew Bender & Company Inc., 2013 (versión electrónica), § 2.01, 2.02, 2.03 y 2.04; Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. p. 256-260; también, Coffee, John C. Jr., «Introduction Mapping the future of Insider Trading Law: of boundaries, gaps, and strategies», *2013 Colum. Bus. L. Rev.* 281 (2013); Dent, George W. Jr., «Why Legalized Insider Trading would be a Disaster?», *38 Del. J. Corp. L.* 247 (2013); Hristova, Mirela V., «The Case for Insider-Trading Criminalization and Sentencing Reform», *13 Transactions Tenn. J. Bus. L.* 267 (2012), p. p. 286- 294; Walter, Nick, «Prioritizing Enforcement in Insider Trading», *30 Yale L. & Pol'y Rev.* 521 (2012); Clark, Stephen, «Insider Trading and Financial Economics: Where Do We Go From Here?», *16 Stan. J.L. Bus. & Fin.* 43 (2010); Lee, Ian B., «Fairness and Insider Trading», *2002 Colum. Bus. L. Rev.* 119 (2002). Véase asimismo, López Barja de Quiroga, J., «El abuso de información privilegiada», *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. p. 336-338.

<sup>1521</sup>A partir de los años 80, las autoridades comienzan a ocuparse más seriamente de la prevención y castigo de esta conducta. Véase al respecto, Joo, Thomas W., «Legislation and Legitimation: Congress and Insider Trading in the 1980s», *82 Ind.L.J.* 575 (2007). También, Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar ...*, cit., p. 163; Crimmins, Stephen J., «Insider Trading: Where is The Line?», *2013 Colum. Bus. L. Rev.* 330 (2013), p. 349; Hristova, Mirela V., «The Case for Insider-Trading Criminalization...», cit., p. p. 276- 278.

Para la *Securities and Exchange Commission*, el *insider trading* es una prioridad fundamental. En el año 2012, ejerció 58 acciones frente a más de cien personas físicas y jurídicas. Y en los últimos tres años el número de demandas entabladas ha sido superior al ejercido en toda su historia. Concretamente, en este último período se han ejercido acciones contra unas 400 personas físicas y jurídicas, por un importe de unos 600 millones de dólares en concepto de beneficios ilícitos o pérdidas evitadas. Muchas de estas acciones implicaron a profesionales de las finanzas, directivos de *hedge funds*, *corporate insiders* o abogados que ilegalmente utilizaron información privilegiada<sup>1522</sup>.

También la Fiscalía ha redoblado en los últimos años sus esfuerzos en la persecución penal de estas conductas. De hecho, como veremos a continuación, en el año 2013, se ha culminado la investigación penal más importante realizada hasta este momento por un delito de *insider trading* y precisamente contra varias personas jurídicas.

Otra muestra de esta creciente preocupación por la prevención y lucha contra el *insider trading* es la aprobación, en el año 2012, de la *Stop Trading on Congressional Knowledge Act* (*STOCK ACT*), cuyo objeto es permitir la persecución de estas prácticas cuando sean cometidas por los miembros del Congreso. Se trata de evitar que puedan enriquecerse haciendo uso de una información que hayan obtenido en el ejercicio de su cargo. Para ello, la ley declara expresamente que los miembros y empleados del Congreso no están excluidos de las prohibiciones que respecto al *insider trading* se contemplan en la *Securities Exchange Act*<sup>1523</sup>.

## II. EL DELITO DE *INSIDER TRADING*

### 1. Regulación

El *insider trading* es una de las prácticas prohibidas por la *Securities Exchange Act*. En términos generales lo que se prohíbe es que cualquier persona compre o venda valores negociables sobre la base de una información relevante que no haya sido hecha pública -

---

<sup>1522</sup>Véase la información disponible en <http://www.sec.gov/spotlight/insidertrading/cases.shtml>.

<sup>1523</sup>Al respecto, véase, Schroeder, Jeanne, «Taking Stock: Insider and Outsider Trading by Congress», *Wm. & Mary Bus. L. Rev.* 159 (2014); Kilt, Sung Hui, «The Last Temptation of Congress: Legislator Insider Trading and the Fiduciary Norm Against Corruption», *98 Cornell L. Rev.* 845 (2013); también, War, Adam, «Congressional Insider Trading: Is Misappropriation Appropriate?», *5 Crit.* 1 (2012).

*material nonpublic information*-, cuando dicha información se haya obtenido vulnerando el deber de confianza que le une al emisor o a la fuente de la información<sup>1524</sup>.

Esta prohibición encuentra su amparo en la sección 10 (b) de la *Securities Exchange Act* de 1934<sup>1525</sup> o más exactamente, en el desarrollo normativo y en la interpretación, que confirmada por los Tribunales de Justicia, ha hecho la SEC de esta norma. Esta interpretación ha permitido entender incluida en su texto la prohibición del *insider trading*, aunque en el mismo no se mencione expresamente este término, ni se defina expresamente en que consiste<sup>1526</sup>.

Efectivamente, de conformidad con la sección 10 (b) de la *Securities Exchange Act* de 1934, es ilegal la utilización, en la compraventa de valores negociables (para la que se utilice cualquier instrumento o mecanismo del comercio interestatal o de cualquiera de los mercados de valores nacionales), de cualquier mecanismo o ardid engañoso que contravenga las normas y reglamentos que la SEC pueda prescribir como necesarios o apropiados para el interés general y la protección de los inversores<sup>1527</sup>.

En aplicación de esta potestad que la norma le atribuye, el organismo regulador publicó, en 1942<sup>1528</sup>, la *rule 10 b-5*, que lleva como rúbrica «empleo de mecanismos engañosos». Esta norma declara ilegal que cualquier persona, directa o indirectamente, utilizando cualquier instrumento o mecanismo del comercio interestatal o de cualquiera de los mercados de valores nacionales, en conexión con la compra o venta de cualquier valor negociable: a) utilice cualquier

---

<sup>1524</sup>Bondi, Bradley J. y Lofchie, Steven D., «The Law of Insider Trading: Legal Theories, Common Defenses, and Best Practices for Ensuring Compliance», 8 *N.Y.U. J. L. & Bus.* 151 (2011), p. 153; también, Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. 266. En general sobre este delito, véase, Ferrara, Ralph C., Nagy, Donna M. y Thomas, Herbert, *Ferrara on Insider Trading and The Wall*, ALM Media Properties LLC, 2013 (versión electrónica); Wang, William K. S. y Steinberg, Marc I., *Insider Trading. Liability and Compliance*, cit. También, Sommer, A. Jr., *Securities Law Techniques*, Matthew Bender & Company Inc., 2013, § 80.09, 80.10, 80.11, 80.12 y 80.13 (versión electrónica); Arkin, Stanley S., *Business Crime. Criminal Liability of the Business Community*, cit., § 17 (versión electrónica); Obermaier, Otto G. y Morvillo, Robert G., *White Collar Crime: Business and Regulatory Offense White Collar Crime*, cit., § 12.03 (versión electrónica); Weisman, Miriam, F., *Corporate Crime & Financial Fraud*, cit., p. p. 114-136; Knepper, William E. y Bailey, Dan A., *Liability of Corporate Officers and Directors*, 8ª ed. 2012, §15.08 (versión electrónica); Strader, Kelly J., *Understanding White Collar...*, cit., p. p. 106-125.

<sup>1525</sup>15 *U.S.Code* § 78j.

<sup>1526</sup>En nuestro ordenamiento, la regulación administrativa al respecto se encuentran en los artículos 80 a 83 quáter de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, bajo la rúbrica, «Abuso de mercado»; mientras el Código Penal castiga esta conducta en su artículo 285.

<sup>1527</sup>El texto de la norma es el siguiente: «it shall be unlawful for any person, directly or indirectly, by the use of any means or instrumentality of interstate commerce or of the mails, or of any facility of any national securities exchange...(b) To use or employ, in connection with the purchase or sale of any security registered on a national securities exchange or any security not so registered, or any securities-based swap agreement any manipulative or deceptive device or contrivance in contravention of such rules and regulations as the Commission may prescribe as necessary or appropriate in the public interest or for the protection of investors».

<sup>1528</sup>Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. 265.

mecanismo, engaño o ardid para defraudar; b) realice cualquier declaración incierta respecto a un hecho relevante u omita realizarla sobre uno que, de no hacerse, atendiendo a las circunstancias, pueda conducir a error; o c) participe en cualquier acto, práctica o negocio destinado a defraudar a otra persona<sup>1529</sup>.

Pues bien, a la vista de una y otra norma, tanto la SEC como los Tribunales Federales, han entendido que el *insider trading* es ilegal y está prohibido, porque constituye a *scheme to fraud*<sup>1530</sup>, esto es, una forma de fraude<sup>1531</sup>.

En este sentido conviene precisar que ni la *Insider Trading Sanction Act* (ITSA) ni la *Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act*, aprobadas, respectivamente, en 1984 y 1988, prohíben o tipifican expresamente el *insider trading*. La finalidad de ambas normas fue, sin embargo, introducir nuevos mecanismos para su prevención y castigo.

La primera incrementó las sanciones que la SEC podía imponer por vulneraciones de las normas sobre el mercado de valores<sup>1532</sup>, entre ellas, sin duda, las constitutivas de *insider trading*, que ya se entendían incluidas, como hemos dicho, en las disposiciones citadas.

---

<sup>1529</sup>El texto de la norma es el siguiente: «240.10b-5. Employment of manipulative and deceptive devices. It shall be unlawful for any person, directly or indirectly, by the use of any means or instrumentality of interstate commerce, or of the mails or of any facility of any national securities exchange, (a) To employ any device, scheme, or artifice to defraud, (b) To make any untrue statement of a material fact or to omit to state a material fact necessary in order to make the statements made, in the light of the circumstances under which they were made, not misleading, or (c) To engage in any act, practice, or course of business which operates or would operate as a fraud or deceit upon any person, in connection with the purchase or sale of any security».

Estas normas aprobadas por la SEC, como otras aprobadas por otros órganos administrativos con competencias para ello, acompañadas en ocasiones de disposiciones destinadas a aclarar su interpretación, no se hallan compiladas en el *U.S.A Code*, sino en el *Federal Code of Regulation*.

<sup>1530</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., p. 163.

<sup>1531</sup>La primera vez que la SEC se pronunció en este sentido fue en una *enforcement decisión*, dictada en 1961, en *Cady Roberts & Co.* En ella dispuso que los *corporate insiders* tenían la obligación, según las normas antifraude, de abstenerse de negociar mientras tuvieran en su poder información que no hubiera sido revelada. Esta obligación, conocida como la «*disclose-or-abstain*» rule, respondía para la SEC a dos razones: al hecho de que fuera la existencia de esa relación con la *corporation*, la que hubiera permitido el acceso a la información, solo disponible para fines internos; y a la «injusticia inherente» que supone que una parte, conociendo que dicha información no está a disposición de aquél con el que negocia, se aproveche de ello. Esta perspectiva sería aceptada en la muy conocida sentencia, dictada por el Tribunal de apelación del Segundo Circuito en *Sec. v. Texas Gulf Sulphur Co.*, 401 F. 2d 833 (2nd. Cir. 1968). Según esta decisión judicial, la *Rule 10b-5* se basaba en la expectativa razonable de que todos los inversores tendrían un acceso a la información relativamente igualitario. La esencia de esta norma, declara el Tribunal, es que «anyone who, trading for his own account in the securities of a corporation has "access, directly or indirectly, to information intended to be available only for a corporate purpose and not for the personal benefit of anyone" may not take "advantage of such information knowing it is unavailable to those with whom he is dealing"». Véase, Lee, Ian B., «Fairness and Insider...», cit., p. p. 125-126; también Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol 2, p. p. 60-61; y Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. p. 268-270.

<sup>1532</sup>Donnelly, Peter M., «Notes. The Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act of 1988 and Controlling Person Liability: Can Firms Outside the Securities Industry Risk Not to Adopt Insider Trading Safeguard?», 67 *U. Det. L. Rev.* 261 (1990), p. 270.

La segunda, por su parte, en primer lugar, creó el *express private right of action*, que permite, en ciertos supuestos, que sean los particulares perjudicados por la acción del *insider* quienes exijan el resarcimiento de los daños provocados<sup>1533</sup>; y en segundo lugar, otorgó a la SEC facultades para pretender ante los Tribunales Federales la imposición de sanciones pecuniarias civiles a aquellos que incurrieran en esta práctica, incluyendo a estos efectos a la denominada «*controlling person*», esto es, a la persona que en el momento de la infracción «controlara» a la persona que cometió la misma<sup>1534</sup>.

Cuando hablemos de la responsabilidad de las personas jurídicas por estos hechos volveremos sobre esta última posibilidad.

## 2. Elementos

El *insider trading* consiste en una transacción ilícita de valores basada en información privilegiada<sup>1535</sup>.

### 2.1. El *trader*

El *trader* podrá ser, en primer lugar, un *corporate insider*. Como declara el Tribunal Supremo Federal, en *United States v. O'Hagan*<sup>1536</sup>, cuando un *corporate insider* negocia acciones de su compañía sobre la base de una información trascendente y no pública, su conducta ha de ser calificada como un «*deceptive device*», esto es, un mecanismo engañoso, a los efectos de la regla 10 (b) de la *Exchange Securities Act*, porque con su comportamiento vulnera la relación de confianza que existe entre los accionistas de dicha compañía y aquellos que, trabajando para la misma, obtienen dicha información por razón de su cargo.

Esta forma de aproximación al concepto de quién puede ser un *trader*, es, según declara el propio Tribunal Supremo Federal en la resolución citada, propia de la denominada teoría clásica, que él mismo había consagrado en la sentencia dictada en el caso *Chiarella v. United States*<sup>1537</sup>. En ella declaró que la relación que el *corporate insider* mantiene con la empresa le

---

<sup>1533</sup>Véase, Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. p. 286-287.

<sup>1534</sup>Véase, Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. p. 287-288.

<sup>1535</sup>«Unlawful trading in securities based on material non-public information». Véase, *E.C. v. OBUS*, 693 F.3d 276 (2nd Cir. 2012).

<sup>1536</sup>*United States v. O'Hagan*, 521 U.S. 642 (1997).

<sup>1537</sup>*Chiarella v. United States*, 445 U. S. 222 (1980).

impone el deber de no negociar y el deber de no colocarse en una situación injustamente ventajosa frente a los accionistas que no tengan la información de la que él dispone<sup>1538</sup>.

Este deber de «publicar la información o abstenerse de negociar», como aclara asimismo el Tribunal, se aplica no solo a los directivos, *officers* y otros empleados fijos de la entidad, sino también a otros *fiduciaries* de la misma que puedan trabajar para ella temporalmente, tales como abogados, auditores u otro tipo de asesores. En este sentido ya se había pronunciado la sentencia dictada en el caso *Dirks v. SEC*<sup>1539</sup>.

Junto a esta concepción clásica del *trader*, en la que este es un *insider*, sea con carácter permanente o temporal, el Tribunal Supremo Federal ha acogido también una concepción más amplia que permite que en determinados supuestos el *trader* sea sin embargo un *outsider*. Es la teoría de la *misappropriation*. Según esta doctrina, siguiendo de nuevo la sentencia del caso *United States v. O'Hagan*<sup>1540</sup>, también cometerá fraude aquella persona que compre o venda valores negociables, utilizando para ello una información que le haya sido transferida de forma confidencial, en atención a la relación de confianza y fidelidad que le una, no con la compañía emisora de dichos valores, sino con la fuente de dicha información –*breach of duty of trust or confidence*–<sup>1541</sup>.

En un intento de aclarar el alcance de esta teoría, particularmente cuando de relaciones familiares se trataba<sup>1542</sup>, la SEC aprobó, en el año 2000, la *rule 10 b 5-2* que establece, sin

---

<sup>1538</sup>«a duty to disclose [or to abstain from trading] because of the 'necessity of preventing a corporate insider from . . . tak[ing] unfair advantage of (...) uninformed (...) stockholders».

<sup>1539</sup>*Dirks v. SEC*, 463 U.S. 646 (1983). Son los denominados «*constructive insider*», esto es, aquellas personas que prestan un servicio a la entidad emisora de los valores, para cuyo desempeño han recibido información confidencial sobre la misma; Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. p. 292-293.

<sup>1540</sup>*United States v. O'Hagan*, 521 U.S. 642 (1997).

<sup>1541</sup>Para el Tribunal Supremo Federal ambas teorías son complementarias: «The classical theory targets a corporate insider's breach of duty to shareholders with whom the insider transacts; the misappropriation theory outlaws trading on the basis of nonpublic information by a corporate "outsider" in breach of a duty owed not to a trading party, but to the source of the information. The misappropriation theory is thus designed to "protec[t] the integrity of the securities markets against abuses by 'outsiders' to a corporation who have access to confidential information that will affect th[e] corporation's security price when revealed, but who owe no fiduciary or other duty to that corporation's shareholders.».

En el supuesto de hecho concreto examinado en *United States v. O'Hagan*, el acusado vulneró el deber de confianza y confidencialidad que debía a la firma de abogados para la que trabajaba (*Dorsey & Whitney*) y a sus clientes, pues utilizó para la transacción por la que fue condenado una información sobre los planes de una entidad para adquirir otra entidad, que conocía porque era uno de los clientes de la firma.

<sup>1542</sup>Véase, *United States v. Chestman*, 947 F.2d 551 (2nd. Cir. 1991), que declaró que una relación matrimonial por si sola no creaba ese deber de confidencialidad, que no derivaba, sin más, de que uno de los cónyuges revelara a otro un secreto. En el caso analizado en esta resolución, una madre reveló a su hija que la empresa familiar había recibido una oferta de compra, advirtiéndole que, si se conocía la noticia, el acuerdo podía arruinarse. La hija se lo dijo, sin embargo, a su marido, advirtiéndole igualmente que no se lo dijera a nadie. Este último se lo comunicó a su

ánimo exhaustivo, una relación de situaciones en las que la persona tiene ese deber de confianza o confidencialidad hacia la fuente de la información, que le impone la obligación de abstenerse de operar en el mercado con base en la misma; aunque no está ligada con la entidad emisora de los valores a los que dicha información se refiere. A la hora de determinar estos supuestos, sin ánimo exhaustivo, la norma parte de la premisa de que ese *duty of trust or confidence* existirá, en todo caso, cuando así lo hayan acordado las dos personas implicadas o cuando estas hayan compartido confidencias de una forma en la que la persona que conoce la información crea (o pueda razonablemente creer) que a aquella a quien se la transmite la mantendrá en secreto<sup>1543</sup>.

Pero la Jurisprudencia sobre el *insider trading* no limita el alcance de la prohibición a los *insiders* y *misappropriators* que realicen, por ellos mismos, la transacción de que se trate sino que incluye, en determinados supuestos, aquellos casos en los que estos transmiten *-tip-* a otros esta información, que son los que finalmente compran o venden el valor, utilizando la información obtenida. El *insider* o *misappropriator* sería entonces el *tipper* y aquel al que transmite la información sería el *tippee*<sup>1544</sup>.

---

*broker*, y ambos negociaron valores de la empresa que, tras hacerse público el acuerdo, subieron considerablemente. Estos dos últimos fueron condenados en primera instancia, condena que fue revocada en apelación, pues el Tribunal consideró que el marido de la hija de persona que era la fuente de la información, por el mero hecho de estar casado con ella, o porque la misma le hubiera advertido que no dijera nada, no estaba obligado a no revelar la información. Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 2, p. p. 46-47 del 2012-13 *Cumulative Supplement*. También Bayne, Cowan David, «The Insider's Natural-Law Duty: *Chestman* and the Misappropriation Theory», 43 *U. Kan. L. Rev.* 79 (1994). Una conclusión distinta alcanzó el mismo Tribunal en *United States v. Reed*, 601 F. Supp. 685 (S.D.N.Y.), *rev'd on other grounds*, 773 F.2d 447 (2d Cir. 1985), en la que, dado que el padre compartía regularmente información confidencial con su hijo, sí consideró que este estaba obligado a no utilizar la información que se le facilitaba. Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 2, p. p. 47-48 del 2012-13 *Cumulative Supplement*.

<sup>1543</sup>Véase el texto que acompaña a la *Final Rule: Selective Disclosure and Insider Trading*, disponible en [http://www.sec.gov/rules/final/33-7881.htm#P290\\_110864](http://www.sec.gov/rules/final/33-7881.htm#P290_110864). El texto completo de la norma es el siguiente: «(a) *Scope of Rule.* This section shall apply to any violation of Section 10(b) of the Act (15 U.S.C. 78j(b)) and § 240.10b-5 thereunder that is based on the purchase or sale of securities on the basis of, or the communication of, material nonpublic information misappropriated in breach of a duty of trust or confidence.

(b) *Enumerated "duties of trust or confidence."* For purposes of this section, a "duty of trust or confidence" exists in the following circumstances, among others:

(1) Whenever a person agrees to maintain information in confidence; (2) Whenever the person communicating the material nonpublic information and the person to whom it is communicated have a history, pattern, or practice of sharing confidences, such that the recipient of the information knows or reasonably should know that the person communicating the material nonpublic information expects that the recipient will maintain its confidentiality; or (3) Whenever a person receives or obtains material nonpublic information from his or her spouse, parent, child, or sibling; *provided*, however, that the person receiving or obtaining the information may demonstrate that no duty of trust or confidence existed with respect to the information, by establishing that he or she neither knew nor reasonably should have known that the person who was the source of the information expected that the person would keep the information confidential, because of the parties' history, pattern, or practice of sharing and maintaining confidences, and because there was no agreement or understanding to maintain the confidentiality of the information».

<sup>1544</sup>*S.E.C. v. OBUS*, 693, F.3d 276 (2nd Cir. 2012).



Para que estos últimos puedan incurrir en responsabilidad, y de conformidad con la doctrina establecida por el Tribunal Supremo Federal en la sentencia dictada en el caso ya citado, *Dirks v. SEC*<sup>1545</sup>, será necesario, por un lado, que el *tipper*, al transmitirle la información, haya vulnerado las obligaciones de fidelidad que ostenta frente al *issuer* o frente a la fuente de información (si fuera un *outsider*) y de la que surge, como dijimos, su obligación de confidencialidad; y por otro que el *tippee* conociera o debiera conocer que dicha vulneración se ha producido<sup>1546</sup>.

El *tipper* a su vez, para ser responsable, no solo deberá haber vulnerado las obligaciones de confidencialidad que le corresponden, sino también deberá haber recibido, directa o indirectamente, algún beneficio personal de la transacción realizada por el *tippee*, que puede ser económico o incluso reputacional, porque para que su revelación esté prohibida ha de ser, en todo caso, fraudulenta<sup>1547</sup>.

## **2.2. Based on material non-public information**

### **2.2.1. «On the basis of»**

El *trader* debe comprar o vender el valor con base en *-on the basis of-* la información «privilegiada» de que se trate. Esto supone que debe conocer dicha información en el momento en el que realiza la operación. En ese momento debe ser *aware of the information*.

---

<sup>1545</sup>*Dirks v. SEC*, 463 U. S. 64 (1983).

<sup>1546</sup>Declara el Tribunal en esta resolución: «Thus, a tippee assumes a fiduciary duty to the shareholders of a corporation not to trade on material nonpublic information only when the insider has breached his fiduciary duty to the shareholders by disclosing the information to the tippee and the tippee knows or should know that there has been a breach.<sup>20</sup> As Commissioner Smith perceptively observed in *In re Investors Management Co.*, 44 S. E. C. 633 (1971): "[T]ippee responsibility must be related back to insider responsibility by a necessary finding that the tippee knew the information was given to him in breach of a duty by a person having a special relationship to the issuer not to disclose the information . . . ." *Id.*, at 651 (concurring in result). Tipping thus properly is viewed only as a means of indirectly violating the *Cady, Roberts* disclose-or-abstain rule».

<sup>1547</sup>Véase, *Dirks v. SEC*, 463 U. S. 646, 655 (1983). También, *SEC v. OBUS*, 693 F.3d 276 (2nd Cir. 2012). Los tribunales han interpretado ampliamente en qué puede consistir ese beneficio personal. Así algunos *tippers* han sido declarados responsables, entre otras razones, por transmitir *nonpublic* information para mantener una relación personal o profesional, o una red de contactos laborales, u obtener algún tipo de beneficio en el contexto de una relación íntima de amistad; Bondi, Bradley J. y Lofchie, Steven D., «The Law of Insider Trading: Legal...», cit., p. 158.

Así lo dispone la *rule 10 b 5-1* aprobada por la SEC, también en agosto del año 2000, para, según su nota preliminar, definir precisamente cuando una compra o venta constituye *trading «on the basis of» material nonpublic information*<sup>1548</sup>.

De esta forma se opta por exigir, a estos efectos, el mero conocimiento de la información en el momento de la operación, y no el uso o utilización de la misma, que era la opción que, antes de la aprobación de la norma venían exigiendo algunos Tribunales de Apelación, como los de Séptimo y del Noveno circuito, al imponer a la Fiscalía la carga de probar que el acusado hubiera utilizado la información en la operación en cuestión<sup>1549</sup>.

No obstante optar por este criterio amplio, o probablemente por ello, la norma aprobada por la SEC prevé simultáneamente que se entenderá que la compra o venta no se ha realizado con base en la información, si el *trader* acredita que, antes de conocer la misma: a) ya había

---

<sup>1548</sup>Dice la norma al respecto: «(b) Definition of "on the basis of." Subject to the affirmative defenses in paragraph (c) of this section, a purchase or sale of a security of an issuer is "on the basis of" material nonpublic information about that security or issuer if the person making the purchase or sale was aware of the material nonpublic information when the person made the purchase or sale».

<sup>1549</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 2, p. p. 26-27 del 2012-2013 *Cumulative Supplement*. Véase también, Wang, William K.S. y Steinberg, Marc I., *Insider Trading. Liability and Compliance*, cit., § 4.04 (versión electrónica) con una citación de casos que se decantaban por una u otra acción. Asimismo, Swanson, Carol B., «Insider Trading Madness: Rule 10b5-1 and the Death of *Scienter*», 52 *U. Kan. L.Rev.* 147 (2003). Para esta autora la *rule 10 b 5-1* sencillamente elimina la presencia del fraude, estableciendo una responsabilidad objetiva para todo aquel que compra o vende valores teniendo información privilegiada, aunque no haga uso de ella propiamente en la operación que realice. Por ello, en su opinión, la norma, en cuanto excede de los márgenes de la *rule 10(b)* de la *Securities Exchange Act*, podría ser ilegal. En esta línea, podríamos destacar las consideraciones que sobre el particular hizo el Tribunal de Décimo Circuito en la sentencia dictada el caso *United States v. Nacchio*, 519 F.3d 1140, 1168 (10th Cir. 2008). En esta resolución, el Tribunal analizó la instrucciones que el Juez había dado al Jurado, sobre qué significaba que el acusado hubiera actuado «on the basis of» la información. Concretamente, la instrucción fue del siguiente tenor: «a person trades on the basis of inside information if the Government proves beyond a reasonable doubt that the person actually used material non-public information in deciding to trade. It is not sufficient for an insider merely to have possessed the material non-public information when he traded. The inside—the test here is really one of cause. The inside information need not have been the sole cause of the trade. There may be other causes for the trade as well. It is sufficient that the inside information was a significant factor in an insider's decision to sell stock. A significant factor». Esta instrucción fue considerada incorrecta por el Tribunal de Apelación, por contravenir precisamente la *rule 10 b 5-1* que, desde el año 2000, establecía que un insider «trades "on the basis of" information so long as he is "aware" of it». Pero, al analizar esta cuestión, el Tribunal de apelación se planteó si dicha disposición podría ser una interpretación ilegal de la norma que habilita su dictado (la norma 10 (b) de la *Securities and Exchange Act*), porque, en línea con las consideraciones realizadas por la autora citada, el *insider trading* ha de ser en todo caso una conducta fraudulenta. En cualquier caso, como la cuestión no se había planteado en estos términos en el recurso de apelación, el Tribunal entendió que tenía que partir necesariamente de su legalidad.

Precisamente, y por otro lado, en los comentarios que acompañan a la *rule 10 b 5-1*, la SEC, consciente de los problemas que podía plantear la consagración de este *awareness test* por las razones que hemos expuesto, y que ya habían generado entonces algunas voces en contra, quiso poner de manifiesto que esta disposición sólo pretendía resolver la cuestión sobre si debía exigirse el uso o la mera posesión de la información en los casos de *insider trading*, pero no modificar ni regular otros aspectos ya establecidos por la Jurisprudencia. Concretamente, según la SEC, el *scienter* (el *state of mind* exigido para se derive responsabilidad con base en una norma concreta) continuaba siendo necesario para que el sujeto fuera responsable con base en la sección 10(b) de la *Exchange Act* y la *Rule 10b-5* de la propia SEC, disposiciones que, según el organismo regulador, no se modificaban.

celebrado un contrato vinculante para la compra o venta de los valores; b) había ordenado a otra persona la operación por su cuenta; o c) había adoptado un plan escrito para la operación en cuestión<sup>1550</sup>.

### 2.2.2. *Material nonpublic information*

La información con base en la cual el *trader* opera debe ser *material* y *non public*. Esta exigencia implica que, además de confidencial, la información debe ser lo suficientemente relevante como para que cualquier inversor razonable la considere importante<sup>1551</sup>. Dicho en palabras del Tribunal Supremo Federal<sup>1552</sup>: «Debe existir una alta probabilidad de que la revelación de dicha información sería vista por cualquier inversor razonable como una modificación esencial de toda la información disponible».

### 2.3. *Willfulness*

Además de todos los elementos objetivos expuestos, la regla 10 (b) de la *Securities Exchange Act* exige, para que se derive cualquier responsabilidad de un supuesto de *insider trading*, que el sujeto actúe de forma consciente y voluntaria, con la intención de engañar,

---

<sup>1550</sup>Dice el texto de la norma: c) Affirmative defenses.

(1)(i) Subject to paragraph (c)(1)(ii) of this section, a person's purchase or sale is not "on the basis of" material nonpublic information if the person making the purchase or sale demonstrates that:

(A) before becoming aware of the information, the person had:

(1) entered into a binding contract to purchase or sell the security,  
(2) instructed another person to purchase or sell the security for the instructing person's account, or  
(3) adopted a written plan for trading securities;

(B) the contract, instruction, or plan described in paragraph (c)(1)(i)(A) of this Section:

(1) specified the amount of securities to be purchased or sold and the price at which and the date on which the securities were to be purchased or sold;

(2) included a written formula or algorithm, or computer program, for determining the amount of securities to be purchased or sold and the price at which and the date on which the securities were to be purchased or sold; or

(3) did not permit the person to exercise any subsequent influence over how, when, or whether to effect purchases or sales; provided, in addition, that any other person who, pursuant to the contract, instruction, or plan, did exercise such influence must not have been aware of the material nonpublic information when doing so; and

(C) the purchase or sale that occurred was pursuant to the contract, instruction, or plan. A purchase or sale is not "pursuant to a contract, instruction, or plan" if, among other things, the person who entered into the contract, instruction, or plan altered or deviated from the contract, instruction, or plan to purchase or sell securities (whether by changing the amount, price, or timing of the purchase or sale), or entered into or altered a corresponding or hedging transaction or position with respect to those securities.

<sup>1551</sup>Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. 271; Wang, William K.S. y Steinberg, Marc I., *Insider Trading Liability and Compliance*, cit., § 4.02. También, Crimmins, Stephen J., «Insider Trading: Where is...», cit., p. p. 341-344; Craine, Patrick y Kell, Lashon, «Prosecuting Insider Trading: Recent Developments and Novel Approaches», 59 *Advocate Texas* 45 (2012). En estos dos últimos trabajos se alerta sobre la interpretación extensiva que la SEC está haciendo también de este requisito.

<sup>1552</sup>*Basic Inc. v. Levinson*, 485 U.S. 224 (1988). Las palabras del Tribunal fueron: «There must be a substantial likelihood that the disclosure of the omitted fact would have been viewed by the reasonable investor as having significantly altered the 'total mix' of information made available».

manipular o defraudar<sup>1553</sup>. Se excluyen pues los supuestos de actuación meramente negligentes<sup>1554</sup>. Pero, para que la responsabilidad sea de naturaleza penal, el sujeto debe actuar con un *scienter* o *state of mind* más concreto. Debe hacerlo *willfully*.

Así lo exige, para todas las infracciones en ella previstas, entre las que se encuentra el *insider trading*, la norma 32 (a) de la *Securities Exchange Act*, según la cual, a los efectos que aquí nos interesan, una persona que vulnere de esta forma cualquiera de las disposiciones contenidas en ese título –salvo las incluidas en la sección 30 A- o cualquiera de las disposiciones o reglamentos que, conforme a dichas disposiciones, declaren ilegal alguna conducta o exijan su cumplimiento, podrá ser castigado, si es una persona física, con una pena de multa de hasta cinco millones de dólares, o una pena de prisión de hasta veinte años, o ambas; y si es una persona jurídica, con una pena de multa que no podrá superar los 25 millones de dólares<sup>1555</sup>.

En definitiva, para que una persona física o jurídica sea condenada por un delito de *insider trading* la Fiscalía deberá probar, más allá de toda duda razonable, no solo la concurrencia de todos los elementos objetivos que hemos descrito, sino también que el infractor actuó *willfully*<sup>1556</sup>.

Así lo reconoció expresamente, el Tribunal Supremo Federal, en la sentencia dictada en el caso *United States v. O'Hagan*<sup>1557</sup>.

No se ha pronunciado, sin embargo, este Tribunal sobre cómo ha de entenderse esta exigencia en este ámbito, de manera que se plantean dudas muy similares a las que surgen con

---

<sup>1553</sup>Véase, *Ernst & Ernst Young v. Hochfelder*, 425 U.S. 185 (1976). Dice el Tribunal expresamente: «Section 10 (b) makes unlawful the use or employment of "any manipulative or deceptive device or contrivance" in contravention of Commission rules. The words "manipulative or deceptive" used in conjunction with "device or contrivance" strongly suggest that 10 (b) was intended to proscribe knowing or intentional misconduct». También, Emanuel, Steven L., *Corporations*, cit., p. p. 280-282; y Carr, Brian J., «Culpable Intent Required For All Criminal Insider Trading Convictions After *United States v O'Hagan*», 40 *B.D.L. Rev.* 1187 (1990), p. 1201.

<sup>1554</sup>Véase, *Ernst & Ernst Young v. Hochfelder*, 425 U.S. 185 (1976). Declara el Tribunal: «Although the extensive legislative history of the 1934 Act is bereft of any explicit explanation of Congress' intent, we think the relevant portions of that history support our conclusion that 10 (b) was addressed to practices that involve some element of *scienter* and cannot be read to impose liability for negligent conduct alone». En este mismo sentido, Strader, Kelly J., *Understanding White Collar...*, cit., p. 100.

<sup>1555</sup>Esta norma fue modificada por la *Sarbanes-Oxley Act* de 2002 que elevó considerablemente las penas hasta entonces previstas. Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 2, p. 55 del 2012-13 *Cumulative Supplement*.

<sup>1556</sup>*United States v. Gansman*, 657 F.3d 85 (2nd Cir. 2011). Recuerda el Tribunal que la prueba de los elementos objetivos de la infracción, en la jurisdicción civil y a diferencia de la penal, estará regulado por la regla de la *preponderance of the evidence*.

<sup>1557</sup>*United States v. O'Hagan*, 521 U.S. 642 (1997). Declaró expresamente el Tribunal: «(...)to establish a criminal violation of Rule 10b-5, the Government must prove that a person "willfully" violated the provision».

relación a otros delitos federales en los que el legislador también incluye este término y no lo define<sup>1558</sup>; unas dificultades que se acrecentan, como analizamos en su momento, por la ausencia, en el Derecho Penal Federal, de una teoría o construcción general sobre el tipo subjetivo.

Las resoluciones de los Tribunales de Apelación sobre este extremo ponen de manifiesto estas dificultades<sup>1559</sup>.

El Tribunal de Apelación del Noveno Circuito, en la sentencia dictada en el caso *United States v. Tarallo*<sup>1560</sup>, declaró que la cuestión a resolver en este contexto era si el término *willfully* implicaba que el acusado, para ser condenado como autor de un *securities fraud*, debía conocer que la conducta por la que se le acusaba era ilegal –*unlawful*–, o si bastaba con que actuara voluntariamente, en el sentido que de dicha conducta no fuera producto del error o de un accidente; concluyendo que el sujeto debía conocer que el acto era ilícito –*wrongful*– aunque no conociera específicamente que era ilegal – *unlawful*–.

Aunque esta conclusión puede ser confusa porque ciertamente, como han señalado algunos autores<sup>1561</sup>, no consta con claridad qué diferencia existe, en este contexto, entre los términos *unlawfull* y *wrongful*, lo cierto es que del contenido del resto de la sentencia y de la cita que de ella hace el mismo Tribunal en una sentencia posterior (*United States v. Reyes*<sup>1562</sup>) se infiere que lo que realmente se sostiene es que no es preciso que se pruebe que el acusado conoce la norma concreta que vulnera con su comportamiento. De hecho, en ambas resoluciones, se rechazan expresamente las pretensiones de los apelantes que defendían que era exigible el conocimiento del Derecho para su condena.

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal de Apelación del Octavo Circuito en *U.S. v. O'Hagan*<sup>1563</sup>, al declarar que el término *willfully* solo exige la realización deliberada de un acto ilícito pero no el conocimiento de la norma.

---

<sup>1558</sup>En este sentido, Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., p. 154.

<sup>1559</sup>Véase, Leng-Chia, Hung, «Securities Markets-A Place to Get...», cit., p. p. 12-17.

<sup>1560</sup>*United States v. Tarallo*, 380 F. 3d 1174 (9th Cir. 2004). Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., p. p. 155-160.

<sup>1561</sup>Véase en este sentido, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., p. 159. También, Leng-Chia Hung, «Securities Markets-A Place to Get Rich ...», cit., p. 18

<sup>1562</sup>*United States v. Reyes*, 577 F. 3d 1069 (9th Cir. 2009).

<sup>1563</sup>*U.S. v. O'Hagan*, 139 3d 641 (8th Cir. 1998). Esta sentencia es consecuencia de la dictada por el Tribunal Supremo en el mismo caso y a la que aludimos con anterioridad. El hecho que el Alto Tribunal admitiera en su

En la misma línea, aunque con algún matiz, se muestran los Tribunales del Segundo Circuito<sup>1564</sup>. Para estos, la determinación de que se ha cometido una *willful violation of the Exchange Act*<sup>1565</sup> exige que el acusado conozca que ha cometido un *wrongful act*, pero además, que existe un riesgo relevante de que se haya producido una vulneración legal. Esto es, en palabras del Tribunal: «the knowingly wrongful act involved a significant risk of effecting the violation that has occurred».

Esta última expresión, que tampoco es un ejemplo de claridad, debe ser entendida, en nuestra opinión, en el sentido de que para que el sujeto actúe *willfully*, efectivamente no será preciso que conozca que vulnera una norma concreta, pero sí, al menos, que su comportamiento implica un alto riesgo de que se produzca esta vulneración<sup>1566</sup>. Realmente, no advertimos de qué otra manera puede ser entendida esta expresión si, como parece, con ella se pretende añadir algo más a la mera afirmación de que el desconocimiento del Derecho no exime de responsabilidad.

No obstante lo expuesto, hemos de reconocer que esta aproximación choca con la interpretación que algunos Tribunales está realizando de la conocida como «*no knowledge proviso*», que se incluye *in fine* en la norma 32 (a) de la *Securities Exchange Act*, contiene<sup>1567</sup>. Efectivamente, la norma 32 (a) de la *Securities Exchange Act*, contiene *in fine* una disposición, según la cual, ninguna persona podrá ser condenada a pena de prisión si prueba que no tenía conocimiento de la norma concreta que vulneró con su comportamiento<sup>1568</sup>. Se trata de una norma que no exime de responsabilidad cuando no existe dicho conocimiento<sup>1569</sup>, pero que sí permite eludir la pena de prisión.

---

resolución, como explicamos, la teoría de la *misappropriation* dio lugar a que la causa fuera devuelta al Tribunal de origen para la resolución de otros aspectos que habían quedado sin resolver, dando lugar a esta segunda sentencia.

<sup>1564</sup>Doctrina sin duda importante, porque estos Tribunales tienen jurisdicción en el Estado de Nueva York; esto es, tienen jurisdicción en «la casa de Wall Street». Leng-Chia, Hung, «Securities Markets-A Place to Get...», cit., p. 14. En el mismo sentido, Bednarz, Michael A., «Let's Be Frank: The Future Direction of Controlling Person Liability Remains Uncertain», 46 *Suffolk U. L. Rev.* 551 (2013), p. 569, que destaca que estos Tribunales están en el epicentro de las finanzas y el capitalismo americano.

<sup>1565</sup>*United States v. Cassese*, 428 F.3d 92 (2nd Cir. 2005). Véase también, Leng-Chia, Hung, «Securities Markets-A Place to Get Rich...», cit. p. p. 14-16; y Felsenthal, Adam, «The Blindsided Insider: Insider Trading Liability for Supervising a Rogue Trader», 61 *Clev. St. L. Rev.* 167 (2013), p. 192.

<sup>1566</sup>En esta línea, Felsenthal, Adam, «The Blindsided Insider: Insider Trading Liability...», cit., p. 192. También, Carr, Brian J., «Culpable Intent Required ...», cit., p. 1211.

<sup>1567</sup>Así se refiere a esta norma Kathleen F. Brickey. Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., p. p. 160-162.

<sup>1568</sup>«(...)but no person shall be subject to imprisonment under this section for the violation of any rule or regulation if he proves that he had no knowledge of such rule or regulation».

<sup>1569</sup>Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., p. p. 160-161, para quien la finalidad de esta disposición es evitar que los ejecutivos puedan cumplir penas de prisión por vulnerar normas «oscuras».

Pues bien, en resoluciones dictadas por los Tribunales en casos como *United States v. Bryan S. Behrens*<sup>1570</sup> o *United States v. Lilley*<sup>1571</sup>, para que esta falta de conocimiento permita eludir la pena de prisión debe afectar a la esencia de la norma –*substance of the rule*-. Solo si el sujeto no conoce el núcleo de la prohibición podrá eludir la prisión. Pero, como estamos en fase de individualización de pena, ya habrá sido declarado culpable, lo que implica en definitiva, que alguien podrá ser condenado con base en la regla 10 (b) de la *Securities Exchange Act* y la *Rule 10b-5* de la SEC, aunque no tuviera ni siquiera un conocimiento general de la prohibición contenida en ellas. Difícil será que pudiéramos afirmar que conocía el riesgo de que la conducta estaba prohibida, tal como, según nuestra interpretación, exigiría la Jurisprudencia de los Tribunales del Segundo Circuito.

En cualquier caso, la doctrina que sobre la «*no knowledge proviso*» emana de las resoluciones citadas, resulta conforme con la aplicación restrictiva que el error de prohibición, aunque sea invencible, ha tenido tradicionalmente en el Derecho Penal estadounidense, donde no exime de responsabilidad a menos que el legislador haya previsto expresamente que el conocimiento sobre la criminalidad de la conducta es un elemento del delito<sup>1572</sup>; o los Tribunales hayan determinado que su desconocimiento excluye, en un supuesto concreto, el *state of mind* exigido por la norma, lo que, por otro lado, y según lo expuesto, no parece ser el caso en los delitos comprendidos en la norma 32 (a) de la *Securities Exchange Act*.

También con respecto a la interpretación del término *willfully* incluido en esta última disposición se plantea, por último, si será suficiente que el sujeto actúe *recklessly*, esto es, desviándose de una manera grave –*gross deviation*- del estándar de conducta que le es exigible atendiendo a su posición y a las circunstancias concurrentes<sup>1573</sup>.

El Tribunal Supremo no se ha ocupado directamente de esta cuestión y las decisiones de los Tribunales inferiores no han sido siempre coincidentes<sup>1574</sup>. En contra se pronunció el Tribunal de apelación del Octavo Circuito en la resolución ya mencionada, dictada en el caso

---

<sup>1570</sup>*United States v. Bryan S. Behrens*, 713 F.3d 926 (8th Cir. 2013).

<sup>1571</sup>*United States v. Lilley* 291 F. Supp. 989 (S.D. Tex. 1968). Véase Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., p. p. 160-162.

<sup>1572</sup>Véase, Emanuel, Steven L., *Criminal Law*, cit., p. p. 36-42

<sup>1573</sup>Véase, Emanuel, Steven L., *Criminal Law*, cit., p. 29.

<sup>1574</sup>Véase, Strader, Kelly J., *Understanding White Collar...*, cit., p. 101. También, Wang, William K.S. y Steinberg, Marc I., *Insider Trading. Liability and Compliance*, cit., § 4.02.

*U.S. v. O'Hagan*<sup>1575</sup>. A favor se mostró, sin embargo, el Tribunal del Sexto Circuito en *United States v. DeSantis*<sup>1576</sup>.

Más recientemente el Tribunal del Segundo Circuito, en *United States v. Gansman*<sup>1577</sup> se ha pronunciado de nuevo en contra<sup>1578</sup>.

Esta última posición nos parece en la actualidad la más plausible, particularmente si tenemos en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo Federal establecida en el año 2011 en la sentencia dictada en el caso *Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A.*<sup>1579</sup>, que analizamos en su momento, y conforme a la cual, el *reckless defendant*, que es aquel que sólo conoce de la existencia de un riesgo sustancial e injustificado de que se produzca el ilícito, queda fuera de los márgenes de *willfully defendant*, y concretamente del *willfully blind defendant*<sup>1580</sup>, que, por otro lado, sí podrá ser penalmente responsable de un delito de *insider trading*.

### III. LAS PERSONAS JURÍDICAS Y EL DELITO DE *INSIDER TRADING*

El hecho de que las personas jurídicas puedan ser penalmente responsables por este delito no admite ninguna duda y está además contemplado expresamente en el texto legal.

La sección 32 (a) de la *Securities and Exchange Act* dispone cuál será la pena de multa que podrá ser impuesta a cualquier *person other than a natural person* (hasta un máximo de 25 millones de dólares) en caso de violar las disposiciones a las que se refiere el precepto, entre las que están incluidas aquellas que prohíben el *insider trading*. Por su parte, la sección tercera del

---

<sup>1575</sup>*U.S. v. O'Hagan*, 139 E3d 641, 647 (8th Cir. 1998). En este sentido véase también, Leng-Chia, Hung, «Securities Markets-A Place to Get Rich...», cit., p. 14.

<sup>1576</sup>*United States v. DeSantis*, 134 F.3d 760 (6th Cir. 1998). Las palabras del Tribunal fueron en este punto: «Alternatively, the prosecution may prove that the defendant was reckless — that he made "an extreme departure from the standards of ordinary care [by omitting information] which presents a danger of misleading buyers or sellers that is either known to the defendant or is so obvious that the actor must have been aware of it.» Véase, Kaplan Howard J., Matteo, Joseph A., Pfeffer, Alan y Rice Arkin K., «The Law of Insider Trading», *ABA Section of Litigation 2012. Section Annual Conference April 18-20, 2012: The Lessons of the Raj Rajaratnam Trial: Be Careful Who's Listening*, p. 8.

<sup>1577</sup>*United States v. Gansman*, 657 F.3d 85 (2nd Cir. 2011).

<sup>1578</sup>Declara el Tribunal: «the basic elements of proof for insider trading are the same for civil and criminal enforcement actions, but criminal enforcement differs principally with respect to the required intent and burden of proof. To impose criminal sanctions, the government must prove the offense beyond a reasonable doubt, including that the defendant's conduct was willful. 15 U.S. Code. § 78ff(a); *United States v. Cassese*, 428 F.3d 92, 98 (2nd Cir. 2005). Civil liability, on the other hand, may attach if the government proves the offense by a preponderance of the evidence, including that the defendant's conduct was merely reckless, rather than willful».

<sup>1579</sup>*Global-Tech Appliances Inc. v. SEB S.A.*, 563 U.S. (2011).

<sup>1580</sup>En este mismo sentido, Kaplan Howard J., Matteo, Joseph A., Pfeffer, Alan y Rice Arkin K., «The Law of Insider...», cit., p. 8.



mismo texto legal, bajo la rúbrica *definitions and application of title*, declara que el término *person* incluirá a estos efectos a los individuos, a las compañías, al gobierno, a las entidades públicas y a los demás agencias y órganos gubernamentales.

Por otro lado, como dijimos al inicio de este capítulo, las entidades son precisamente uno de los objetivos tanto de la SEC como de la Fiscalía Federal a la hora de perseguir estas conductas delictivas. De hecho, en noviembre del año 2013, se cerraba la investigación penal más importante seguida hasta este momento por un delito de *insider trading*, donde todos los acusados eran personas jurídicas<sup>1581</sup>.

En la exposición y examen de este caso nos centraremos para extraer, al hilo de su análisis, algunas de las peculiaridades que la especial naturaleza de este delito puede implicar a la hora de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

## **1. SAC: A Textbook Case of Corporate Prosecution<sup>1582</sup>**

### **1.1. Supuesto de hecho. El *indictment***

El 4 de noviembre de 2013, la Fiscalía alcanzaba un acuerdo con cuatro personas jurídicas, tres *limited liability companies* y una *partnership*<sup>1583</sup>, todas ellas constituidas en el estado de Delaware y denominadas colectivamente como SAC ENTITY DEFENDANTS, las cuales, encargadas de dirigir uno de los *hedge fund* más importantes del país –SAC *hedge fund*–, habían sido acusadas pocos meses antes por el Gran Jurado de operar en los mercados utilizando reiteradamente información «privilegiada»<sup>1584</sup>.

---

<sup>1581</sup>La consideración de esta investigación penal como la más importante seguida hasta el momento por este delito, le fue atribuida tanto por la Fiscalía como por el *FBI*, al anunciar públicamente que se había alcanzado un acuerdo con las entidades implicadas para, como veremos a continuación, poner fin al procedimiento penal iniciado. Véase <http://dealbook.nytimes.com/2013/11/04/sac-capital-agrees-to-plead-guilty-to-insider-trading>.

<sup>1582</sup>De esta forma tan expresiva encabezaba el diario *New York Times*, el 4 de noviembre de 2013, uno de los artículos que dedicaba a este caso. Véase, <http://dealbook.nytimes.com/2013/11/04/sac-a-textbook-case-of-corporate-prosecution/>.

<sup>1583</sup>Las entidades eran CR INTRINSIC INVESTORS LLC ("CR INTRINSIC"), SIGMA CAPITAL MANAGEMENT LLC ("SIGMA CAPITAL"), S.A.C. CAPITAL ADVISORS LLC ("SAC CAPITAL LLC") y S.A.C. CAPITAL ADVISORS, L.P. ("SAC CAPITAL LP").

<sup>1584</sup>El citado acuerdo no incluye a ninguna persona física. Pero la Fiscalía se reserva en él la posibilidad de perseguir a cualquiera que, en el futuro, pudiera resultar implicado en los hechos investigados.

La consecución de este acuerdo supuso el fin del procedimiento penal iniciado contra estas cuatro entidades<sup>1585</sup>. A cambio, en síntesis, estas se declaraban culpables de los cargos formulados contra ellas y se comprometían: a abonar un total de 1. 800 millones de dólares por la totalidad de las responsabilidades pecuniarias; a dejar de operar como *investment adviser*, dejando de recibir fondos adicionales de terceros, en la forma y en el tiempo que estableciera la SEC, que sería quien controlaría este cese de actividad; y finalmente, a la implementación en el seno de su organización de políticas y programas destinados a identificar y prevenir en el futuro prácticas similares. Concretamente, respecto a este último extremo, las sociedades acusadas se comprometían a contratar a su costa, en el plazo pactado, un *compliance consultant*, que habría de recibir el beneplácito de la Fiscalía y que sería el encargado de evaluar la implementación efectiva de estas nuevas políticas y programas, de detectar las insuficiencias de los ya existentes y proponer su mejora, así como de elaborar al respecto el correspondiente informe si le fuera requerido.

Pues bien, los hechos investigados y que dieron lugar al inicio del procedimiento penal contra las sociedades acusadas fueron, de conformidad con el *indictment* emitido, los siguientes.

Entre los años 1999 y 2010, varios de sus empleados y representantes obtuvieron información privilegiada –*inside information*– relacionada con distintas compañías de los más variados sectores, utilizándola para negociar en el mercado. Incrementaron así las ganancias del fondo y también las comisiones por su gestión. Algunos de estos empleados son identificados plenamente en el citado *indictment*, en el que se describe además, con detalle, qué información obtuvieron, cómo lo hicieron, a quién se la transmitieron y cómo la utilizaron; advirtiéndose, simultáneamente, que esta relación es meramente ejemplificativa porque existieron otras personas, no identificadas ni acusadas, que también utilizaron, en el seno de las organizaciones acusadas, información privilegiada. Se hace constar en el *indictment*, por otro lado, respecto a las ocho personas que sí son identificadas, que todas ellas ya han sido a su vez acusadas o condenadas por estos hechos en procedimientos independientes. Aquél se dirige pues exclusivamente contra las compañías para las que trabajaban, a las que se les acusa de varios delitos de *insider trading*.

---

<sup>1585</sup>El acuerdo alcanzado, siendo un *plea guilty*, fue aprobado judicialmente en abril del año 2014. Al publicar la noticia, el diario de *Wall Street Journal* aludía a que el Juez Federal ante el que se celebró la vista, conocido por ser muy cuidadoso, realizó a las partes varias preguntas relacionadas, especialmente, con el importe de las multas (<http://blogs.wsj.com/law/2014/04/10/judge-oks-guilty-plea-in-sac-capital-insider-trading-case/>).

La imputación de las entidades descansa en el hecho de que fueron sus empleados o representantes quienes cometieron estos delitos, pero también en la circunstancia de que existieron determinadas prácticas corporativas que promovieron su comisión; de forma que la conducta ilegal de sus empleados y la indiferencia que la persona jurídica mostró ante esta situación, provocaron que la utilización ilícita de información privilegiada se convirtiera en una práctica generalizada y presente, a una escala nunca vista, en un *hedge fund*<sup>1586</sup>.

Desgranando esta imputación, tres son los pilares que la sustentan.

El primero, la comisión de varios delitos de *insider trading* por parte de distintos empleados de las sociedades acusadas, particularmente, *portfolio managers* ("SAC PMs") y *research analysts*<sup>1587</sup>.

El segundo, que tales prácticas beneficiaron a las distintas compañías, bien aumentando las ganancias del fondo, bien aumentando las comisiones que recibían a cambio.

El tercero, que las entidades acusadas permitieron y promovieron estas prácticas. Y lo hicieron de la siguiente manera:

a) Contrataban empleados, especialmente para ejercer en esa condición de *portfolios managers* y *research analysts*, que tuvieran, en otras compañías, contactos que les pudieran facilitar información relevante. En el *indictment* se relata con detalle el proceso de contratación, según el cual, a los candidatos, una vez superada una primera fase de preselección, se les sometía a lo que se denomina «*due diligence*» *process*, que incluía entrevistas destinadas a identificar la fuerza de su «red de contactos» en el sector del que provinieran. De hecho al menos en una ocasión se contrató a una de estas personas, a pesar de su conocida reputación como *insider trading*.

b) Se incentivaba económicamente a aquellos empleados que recomendaran inversiones que pudieran situarles «en una situación ventajosa» con respecto a otros inversores, pero sin cuestionar si dichas recomendaciones estaban amparadas o no en información

---

<sup>1586</sup>Véase p. 1 del *indictment*.

<sup>1587</sup>El término *portfolio* hace referencia a la cartera de inversiones del inversor.

privilegiada. De hecho, en ocasiones, cuando se efectuaban estas recomendaciones, se aludía expresamente a que la misma se amparaba en la información facilitada por un «contacto» de la empresa a la que se refiriera<sup>1588</sup>.

c) No se implementaron programas de *compliance* eficaces destinados a prevenir que sus empleados realizaran estas prácticas. Concretamente, según el relato de hechos del *indictment*, existían algunos de estos programas, pero los mismos resultaron ineficaces porque, al fomentarse, por parte de la sociedades acusadas, una búsqueda agresiva e incansable de información que les otorgara esa situación de ventaja frente a los demás inversores, se terminó por fomentar una cultura corporativa en la que no existía un compromiso real destinado a asegurar que esta información procediera de fuentes legítimas y no fuese «privilegiada».

En este sentido, la ejecución de estos programas de *compliance* fue defectuosa, poniéndose asimismo de manifiesto que el departamento encargado de su implementación, a pesar de que era consciente del riesgo existente, no controló efectivamente que los empleados no utilizaran información ilícita en sus transacciones. Como muestra de esta falta de control, en varias ocasiones, los directivos de las entidades acusadas no comunicaron a dicho departamento la existencia de algunas recomendaciones que podían estar basadas en el conocimiento de información privilegiada; siendo muy escaso el número de investigaciones internas que este *compliance department* inició por prácticas sospechosas.

Con relación a este último extremo, el *indictment* relata que, incluso cuando ya seis de sus empleados se habían declarado culpables por cometer delitos de *insider trading*, este departamento sólo identificó un caso sospechoso en el que estaban implicados dos trabajadores; a los que además, aun cuando se les impuso una multa, se les permitió continuar en la empresa, sin comunicar lo sucedido a las autoridades competentes.

---

<sup>1588</sup>La realidad de esta práctica deriva, según el *indictment*, del contenido de algunos de los correos electrónicos a los que se tuvo acceso durante la investigación, y en los que se hacía alusión expresamente a que una determinada información se había obtenido ilícitamente de uno de estos contactos. Es el caso, por ejemplo, de un correo de junio de 2008, en el que un empleado de IN CR INTRINSIC escribía: «my guy at [company name] had explained why certain anticipated acquisitions had not occurred».

## **1.2. Los criterios de imputación. La aplicación de los presupuestos de la doctrina del *respondeat superior***

Expuestos en el apartado anterior los pilares sobre los que se sustentó la acusación contra las entidades acusadas, nos gustaría realizar, al respecto, las siguientes consideraciones.

1. Se concreta, en primer lugar, con nombre y apellidos, aun cuando no hubiera sido necesario, qué empleados cometieron los delitos imputados a la persona jurídica. Asimismo se deja claro que tales delitos se cometieron actuando aquellos en el ejercicio de sus competencias, sin cometer ningún exceso, y en beneficio de las sociedades que los empleaban; incrementando con sus acciones tanto las ganancias del fondo, como las cantidades o comisiones que por sus servicios cargaban a sus clientes.

De esta forma, se plasman los presupuestos que permitirían aplicar la doctrina del *respondeat superior*. Con relación a ellos convendría hacer una alguna matización.

Dada las especiales características del delito que estamos examinando, es fácil concluir que el contexto en el que el mismo puede ejecutarse puede ser bien distinto del concurrente en el caso *SAC Capital*. En efecto, en este supuesto, los empleados de una compañía utilizan una información confidencial adquirida ilícitamente para realizar transacciones a favor y en beneficio de dicha compañía. Pero, puede darse el caso de que, obtenida dicha información, los empleados la utilicen para negociar exclusivamente en beneficio propio y no de su empleador. Sería el típico supuesto del miembro del despacho de abogados o de una firma de auditoría que, habiendo accedido, por razón de su cargo, a algún tipo de información relevante y confidencial de uno de sus clientes, la emplea para comprar o vender en el mercado, a título individual, algún valor negociable, obteniendo con ello un lucro personal.

Si este fuera el caso, la entidad, en nuestra opinión, no respondería penalmente por el delito cometido por su empleados porque, persiguiendo la actuación del empleado un exclusivo lucro personal, no se cumplirían los presupuestos necesarios para que esta última respondiera vicarialmente por sus actos<sup>1589</sup>; bien porque considerásemos que no había actuado en el ejercicio de su cargo, bien porque entendiéramos que no lo había hecho en beneficio de la entidad. En estos supuestos, y en palabras de la resolución dictada en el caso *O'Connor &*

---

<sup>1589</sup>En este sentido, Bondi, Bradley J. y Lofchie, Steven D., «The Law of Insider Trading: Legal...», cit., p. 155.

*Assoc. v. Dean Witter Reynolds, Inc.*<sup>1590</sup>, el empleado no actúa como tal, sino que está motivado por un deseo de beneficio personal, al margen de los intereses de la entidad para la que trabaja, que, en consecuencia, no responderá de los actos cometidos<sup>1591</sup>. Lo que sí podría generar esta actuación es la imposición de sanciones civiles a la entidad empleadora, en su condición de *controlling person*. Para una mayor claridad expositiva, será al final de este capítulo cuando abordaremos con más detalle esta posibilidad.

Conforme a lo indicado, es fácil concluir que las personas jurídicas que asumen más riesgos de que se les impute un delito de *insider trading*, como consecuencia de la actuación de sus empleados, serán las sociedades o fondos de inversión, como el caso de *SAC CAPITAL*, así como las entidades que presten servicios financieros como *broker*, *dealer broker* o *investment adviser*<sup>1592</sup>, puesto que su objeto es precisamente actuar en el mercado y obtener beneficios de ello.

De estas últimas se ocupó particularmente la *Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act* de 1988, que modificó la *Securities and Exchange Act* y la *Investment Advisers Act* de 1940 para, por un lado, imponer a todos estos operadores, que habrán de estar debidamente registrados, la obligación de establecer por escrito procedimientos de control destinados a evitar estas prácticas; y por otro, para otorgar a la SEC la facultad de regular cómo habrían de ser estos procedimientos<sup>1593</sup>, los cuales, además, según declaró expresamente el

---

<sup>1590</sup>*O'Connor & Assoc. v. Dean Witter Reynolds Inc.* 529 F.Supp. 1179 (1981).

<sup>1591</sup>Declara el Tribunal: «An employee who trades on the basis of material inside information or who tips cannot be said to act as an employee in the transaction. Furthermore, his actions are ordinarily motivated by the desire for personal profit and are not in the interests of the corporation. In short, unlike the brokerage context considered in *Marbury Management*, an employee who trades on the basis of insider information or who tips such information must normally be viewed as on a frolic of his own. Since such actions cannot be regarded as occurring within the scope of the employment, the employer cannot be held liable under common-law principles of *respondeat superior*». Véase asimismo, Bondi, Bradley J. y Lofchie, Steven D., «The Law of Insider Trading: Legal...», cit. p. 155, nota 9.

<sup>1592</sup>Véase, Bondi, Bradley J. y Lofchie, Steven D., «The Law of Insider Trading: Legal...», cit., p. 155. Asimismo conviene precisar que, aun cuando la preocupación por las prácticas constitutivas de *insider trading* surge inicialmente en el ámbito del mercado de valores –*equity market*–, su prohibición se extiende en la actualidad, a las operaciones realizadas en los mercados de deuda –*debt market*– y de créditos derivados –*credit derivatives*–. Véase al respecto, Bondi, Bradley J. y Lofchie, Steven D., «The Law of Insider Trading: Legal...», cit., p. p. 163-169.

<sup>1593</sup>En la primera de estas normas se incluyó la sección 15(f) que, sobre este extremo, dice lo siguiente: «(g) Every registered broker or dealer shall establish, maintain, and enforce written policies and procedures reasonably designed, taking into consideration the nature of such broker's or dealer's business, to prevent the misuse in violation of this title, or the rules or regulations thereunder, of material, nonpublic information by such broker or dealer or any person associated with such broker or dealer. The Commission, as it deems necessary or appropriate in the public interest or for the protection of investors, shall adopt rules or regulations to require specific policies or procedures reasonably»

En la *Investment Advisers Act*, por su parte, se incluyó la sección 204 (A) con el siguiente contenido: «Prevention of misuse of non-public information.- Sec 204A. Every investment adviser subject to section 204 of this title shall establish, maintain, and enforce written policies and procedures reasonably designed, taking into

Congreso al aprobar la ley, dependerían en cada caso del tipo de actividad a que se dedicara la organización<sup>1594</sup>.

Aparecen pues, de nuevo, como elemento capital en la organización de las personas jurídicas, y concretamente, de aquellas que operen en el mercado financiero, los programas de *compliance* o programas de cumplimiento.

Haciendo uso de la facultad que le confiere la sección 204 A de la *Investment Advisers Act*, así como la conferida por la *Investment Company Act* del mismo año, la *Securities and Exchange Commission* aprobó, en el año 2004, una serie de reglas -*rule 206 (4)-7* y *rule 38-a-1*- destinadas a las compañías de inversión y de asesoramiento financiero -*investment company and investment adviser*- debidamente registradas. De conformidad con estas reglas, estas entidades, con el fin de prevenir cualquier vulneración de las normas reguladoras del Mercado de Valores, deberán revisar anualmente la eficacia y adecuación de los programas de *compliance* que están obligadas a establecer a estos efectos, así como a designar un *chief compliance officer*, que será el responsable de administrar los correspondientes programas y políticas sobre el particular. Se establece además que en el caso de que se trate de una compañía de inversión, esto es, un fondo de inversión, este *chief compliance officer* dará cuenta directamente de su actuación al Consejo de Administración<sup>1595</sup>.

En los comentarios publicados por la propia SEC para explicar la finalidad y contenido de las nuevas reglas<sup>1596</sup>, el organismo regulador hace referencia a la necesidad de establecer barreras de protección para evitar que los empleados de esta entidades hagan un uso indebido de la información a la que accedan como consecuencia de la prestación de sus servicios, la cual, deberán salvaguardar convenientemente, vigilando, entre otras cuestiones, la propagación de dicha información, tanto entre los miembros de la propia organización, como fuera de la misma.

---

consideration the nature of such investment adviser's business, to prevent the misuse in violation of this Act or the Securities Exchange Act of 1934, or the rules or regulations thereunder, of material, nonpublic information by such investment adviser or any person associated with such investment adviser. The Commission, as it deems necessary or appropriate in the public interest or for the protection of investors, shall adopt rules or regulations to require specific policies or procedures reasonably designed to prevent misuse in violation of this Act or the Securities Exchange Act of 1934 (or the rules or regulations thereunder) of material, nonpublic information».

<sup>1594</sup>Ferrara, Ralph C., Thomas, Herbert C. y Nagy, Donna, *Ferrara on Insider Trading and...*, cit., p. 6.03 (1)-6.15.

<sup>1595</sup>Véanse, *rule 206 (4)-7* y *rule 38-a-1*.

<sup>1596</sup>Disponibles en <http://www.sec.gov/rules/final/ia-2204.htm>

2. El *indictment* de SAC CAPITAL no se detiene en la descripción de los delitos que fueron cometidos por sus empleados para, a continuación, imputarlos sin más a las entidades para los que trabajaban y a las que beneficiaron; sino que incide en la inexistencia de políticas y programas de *compliance* destinados a prevenir dichas actuaciones, o en la ineficacia de los existentes, que adolecían de defectos importantes y fueron incapaces de prevenirlos. Y no sólo eso, alude a las políticas o prácticas corporativas que fomentaron las prácticas ilícitas y a la indiferencia hacia las mismas de las sociedades; alusiones que resultarían innecesarias en una aplicación estricta del modelo de responsabilidad vicarial vigente en la Jurisdicción Federal.

Pero si el asunto hubiera llegado a juicio y todas estas alusiones hubieran resultado probadas, la Fiscalía hubiera podido salvar, en nuestra opinión, varios posibles obstáculos para la condena de la entidad<sup>1597</sup>.

a) Las referencias concretas a que los comportamientos de los empleados eran alentados por las sociedades acusadas, hubiera hecho muy difícil concluir que estos actuaron al margen de las funciones que les correspondían, excediéndose de sus competencias.

Efectivamente, como explicamos en su momento al examinar qué consecuencias podía tener para la responsabilidad penal de una persona jurídica el hecho de que el empleado que hubiera cometido el delito hubiera actuado en contra de su política o de instrucciones concretas que le hubieran sido dadas, algunos Tribunales Federales han venido considerado que la existencia de programas de cumplimiento eficaces y adecuados, aunque no eximen a la persona jurídica de responsabilidad penal, sí pueden ser valorados por el jurado para concluir si el empleado actuó o no en el ámbito de sus competencias o para beneficiar a la compañía. Por lo

---

<sup>1597</sup>Conviene recordar que la aplicación del sistema de imputación vigente no es siempre ni tan estricto ni tan coherente como sería deseable, de manera que, a pesar de su vigencia, en ocasiones, la condena de una persona jurídica con base exclusivamente en la responsabilidad derivada de los hechos cometidos por sus directivos o empleados ofrece dificultades. Primero, porque es el Jurado el que va a declarar culpable o no culpable a la entidad acusada, y ello con base en unas instrucciones que le serán facilitadas por el Juez, que no siempre incluirá de la misma manera y con la misma claridad cuáles son los elementos del delito y cuáles los criterios que permiten su imputación a la persona jurídica. De hecho, como se deriva de muchos de los supuestos que hemos expuesto hasta este momento, estas instrucciones suelen ser objeto de impugnación ante los Tribunales de Apelación, por no hacer una descripción adecuada de tales elementos (en su momento expusimos la relevancia que tuvieron estas instrucciones para la condena, en el año 2007, de *Arthur Andersen*). En segundo lugar, por las dificultades que tienen los Tribunales para definir el tipo subjetivo de muchos delitos, entre ellos, como se infiere de lo expuesto en este capítulo, el delito de *insider trading*.



que estos programas se introducían en el juicio como elemento a tener en cuenta para concluir si concurrían los presupuestos de la doctrina del *respondeat superior*.

Pues bien, en el caso de SAC CAPITAL, si se hubiese probado que las entidades acusadas, como alegaba la Fiscalía, promovían, incluso a través de incentivos económicos, que los empleados buscaran información que marcara la diferencia con la competencia, sin prestar excesiva atención sobre si dicha información había sido o no lícitamente obtenida, difícilmente se podría haber concluido que no actuaban *in the scope of their employment*.

b) La acreditación de que las compañías acusadas, cuando menos, ignoraron, a pesar de las señales, la posibilidad de que sus empleados estuvieran haciendo uso de información privilegiada, hubiera facilitado la inferencia de que estas actuaron *willfully*, tal como exige la sección 32 de la *Securities Exchange Act*; permitiendo además la aplicación de la doctrina de la *willful blindness* puesto que sin duda «ese mirar para otro lado», tal como se describe en el *indictment*, fue deliberado y no meramente *recklessly*.

Pero más allá de «asegurar» la condena de la persona jurídica, con base en los criterios de imputación vigentes, nos preguntamos si esta manera de describir el comportamiento de las entidades acusadas pretendía imputarles, como ciertamente puede inferirse de parte del contenido del *indictment*, una culpabilidad distinta de la de sus empleados, un *corporate mens rea* propio, derivado precisamente de la existencia de una estructura organizativa que no solo permitió sino que fomentó las conductas ilícitas de sus empleados.

El hecho de que finalmente no se celebrara el juicio nos impide disponer de más argumentos para responder claramente a esta pregunta. Creemos, no obstante, que la Fiscalía no pretendía llegar tan lejos, al menos a la hora de defender en juicio sus pretensiones. Nos inclinamos por pensar que la forma y el lenguaje del *indictment* pretendía enfatizar, de cara a la opinión pública, que con la acusación formulada se perseguía penalmente una determinada forma de hacer negocios en un sector, como el financiero, inmerso en una crisis profunda, provocada, entre otras muchas causas, por prácticas ilícitas como las protagonizadas por las entidades acusadas, que dirigían uno de los fondos de inversión más importantes del país.

## 2. *Controlling person liability*. La sección 21 (A) de la *Securities and Exchange Act*

Vamos a dedicar el último apartado de este capítulo a exponer algunas consideraciones sobre la aplicación, en el contexto del *insider trading*, de la denominada *controlling person liability*. Se trata de un tipo de responsabilidad, prevista en la *Securities and Exchange Act*, que puede dar lugar a la imposición de sanciones civiles a la persona, física o jurídica, que controle al *insider*. No se trata pues de responsabilidad penal, sino civil pero, en nuestra opinión, merece la pena detenerse ella y en los criterios de imputación en los que se ampara, dada la intensa relación entre la jurisdicción civil y penal que existe en este campo, derivada, como dijimos, de la existencia de una única regulación.

La posibilidad de que una persona, física o jurídica -*controlling person*-, pueda ser sancionada civilmente si otra que se encuentra bajo su control incurre en una conducta constitutiva de *insider trading* está prevista en la sección 21(A) de la *Securities and Exchange Act*, introducida por la *InsiderTrading and Securities Fraud Enforcement Act* de 1988<sup>1598</sup>.

El primer apartado de esta sección otorga a la SEC la facultad de pretender, ante los Tribunales Federales, la imposición de sanciones pecuniarias civiles – *civil penalties*- por la vulneración de las normas y reglamentos que prohíben la compra o venta de valores negociables con base en información privilegiada –*nonpublic information*-<sup>1599</sup>. Esta facultad, según el texto

---

<sup>1598</sup>Esta norma, en ese intento de fomentar la persecución de la prácticas constitutivas de *insider trading*, realizó varias reformas legales, entre ellas, dos muy significativas: consagró, en la sección 20(A) de la *Securities and Exchange Act*, la posibilidad de que los particulares, en determinadas condiciones y hasta ciertos límites, pudieran reclamar los daños y perjuicios sufridos frente a aquellos que hubieran negociado en el mercado utilizando información privilegiada; e introdujo, en el mismo texto legal, la sección 21(A). El texto de esta última disposición es el siguiente: «SEC. 20A. (a) Private Rights of Action based on contemporaneous trading.- Any person who violates any provision of this title or the rules or regulations thereunder by purchasing or selling a security while in possession of material, non-public information shall be liable in an action in any court of competent jurisdiction to any person who, contemporaneously with the purchase or sale of securities that is the subject of such violation, has purchased (where such violation is based on a sale of securities) or sold (where such violation is based on a purchase of securities) securities of the same class».

<sup>1599</sup>El texto completo de la norma es el siguiente: «Whenever it shall appear to the Commission that any person has violated any provision of this chapter or the rules or regulations thereunder by purchasing or selling a security or security-based swap agreement while in possession of material, nonpublic information in, or has violated any such provision by communicating such information in connection with, a transaction on or through the facilities of a national securities exchange or from or through a broker or dealer, and which is not part of a public offering by an issuer of securities other than standardized options or security futures products, the Commission— (A) may bring an action in a United States district court to seek, and the court shall have jurisdiction to impose, a civil penalty to be paid by the person who committed such violation; and (B) may, subject to subsection (b)(1) of this section, bring an action in a United States district court to seek, and the court shall have jurisdiction to impose, a civil penalty to be paid by a person who, at the time of the violation, directly or indirectly controlled the person who committed such violation».

legal, se podrá ejercer tanto frente al infractor (incluyendo a estos efectos a los denominados *tippers*), como frente a la persona que directa o indirectamente lo controle<sup>1600</sup>.

Para la SEC, de conformidad con la *rule 405*, control «means the possession, direct or indirect, of the power to direct or cause the direction of the management and policies of a person, whether through the ownership of voting securities, by contract, or otherwise»<sup>1601</sup>. Esto es, esta *controlling person* es aquella persona que, directa o indirectamente, tiene la capacidad de controlar la dirección o las políticas de otra, sea mediante el voto, por contrato o de cualquier otra manera. Los Tribunales por su parte, que no siempre aplican esta definición, suelen poner el énfasis en la existencia de un auténtico control de *facto*<sup>1602</sup>. Sea como fuere lo que no hay duda es que esta *controlling person* puede ser la persona jurídica para la que trabaje o de la que dependa el infractor.

Este hecho de que pueda exigirse responsabilidad a la entidad que controla al infractor no nace con la ley de 1988, ni es exclusiva de las actuaciones constitutivas de *insider trading*. La sección 20 (a) de la *Securities and Exchange Act Securities* previó desde un principio este tipo de responsabilidad para las vulneraciones recogidas en su texto. Lo que hace la reforma de 1988 es regularla expresamente para los supuestos de *insider trading*.

## 2.1. La sección 20 (a) de la *Securities and Exchange Act Securities*

Para evitar que se pudieran eludir responsabilidades utilizando «hombres de paja», o personas o entidades interpuestas que ocultaran a los auténticos responsables<sup>1603</sup>, la *Securities*

---

<sup>1600</sup>A una y a otra, según el texto legal, se les impondrá la sanción económica que los Tribunales determinen según las circunstancias. No obstante, su cuantía, para el caso del infractor, no podrá exceder del triple de la ganancia obtenida o el riesgo evitado con la compra, venta o comunicación de que se trate; y para quien lo controle, de un millón de dólares, o del triple de la ganancia obtenida o el riesgo evitado como consecuencia de la infracción; teniéndose en cuenta que si esta última hubiese consistido en transmitir la información a un tercero, el límite de la sanción se determinará en función de la ganancia o pérdida de este último.

<sup>1601</sup>Felsenthal, Adam, «The Blindsided Insider: Insider Trading Liability...», cit., p. 170; también Melhus, Brian A., «Control Person Liability: A Repudiation...», cit., p. 933.

<sup>1602</sup>Felsenthal, Adam, «The Blindsided Insider: Insider Trading Liability...», cit., p. 172. Para un estudio más detallado de alguna de las resoluciones dictadas, véase, Bednarz, Michael A., «Let's Be Frank: The Future Direction of Controlling Person Liability Remains Uncertain», 46 *Suffolk U. L. Rev.* 551 (2013), p. p. 556-561. Estas resoluciones no siempre hacen referencia a un supuesto de *insider trading*, sino también a otras prohibiciones incluidas en la *Securities and Exchange Act*, pero sus consideraciones son claramente trasladables. Porque este tipo de responsabilidad no surge solo en los casos de uso de información privilegiada, sino que está prevista, en la sección 20 (a) de la *Securities and Exchange Act*, también para otras vulneraciones del *Securities Law*.

<sup>1603</sup>Véase, Bednarz, Michael A., «Let's Be Frank: The Future Direction of ...», cit., p. 554; Gates, Brianna L., «The SEC on a Forum Shopping Spree: SEC Enforcement Power and Control Person Liability After Dodd-Frank», 99 *Iowa L. Rev.* 393 (2013), p. 397; Melhus, Brian A., «Control Person Liability: A Repudiation of Culpable Participation», 37 *J. Corp. L.* 929 (2012), p. 931.

and Exchange Act dispuso desde un principio, en su sección 20 (a), para las vulneraciones en ella incluidas, la responsabilidad no solo del infractor sino también de aquél que lo controlara<sup>1604</sup>. Asimismo dispuso que este último, la denominada *controlling person*, podría eludir dicha responsabilidad si hubiera actuado de buena fe y no hubiera inducido directa o indirectamente al infractor a vulnerar la norma o a cometer la infracción.

Así regulada, la responsabilidad prevista en la sección 20 (a) de la *Securities and Exchange Act* puede alcanzar a las entidades para las que trabajen los infractores, pero con base en unos presupuestos que difieren claramente de aquellos en los que se fundamenta la doctrina tradicional del *respondeat superior*<sup>1605</sup>. La sección 20 (a) no exige que el empleado actúe dentro de las competencias que le han sido atribuidas y con la intención de beneficiar a la entidad. Pero sobre todo, frente a la doctrina tradicional del *respondeat superior*, la responsabilidad prevista en la sección 20 (a) de la *Securities and Exchange Act* permitiría a la entidad, según el texto de la norma, eludir su responsabilidad si acredita que actuó de buena fe y no indujo ni directa ni indirectamente los actos ilícitos en cuestión<sup>1606</sup>.

Ahora bien, siendo indudable que esta última previsión ha de permitir a la *controlling person* eludir su responsabilidad, la forma de articular esta posibilidad ante los Tribunales ha sido entendida de distinta forma. Concretamente, los órganos de apelación han discrepado sobre si, para sancionar a la *controlling person*, debe probarse, además de la existencia de la violación

---

<sup>1604</sup>El texto de la norma es el siguiente: «every person who, directly or indirectly, controls any person liable under any provision of this title or of any rule or regulation thereunder shall also be liable jointly and severally with and to the same extent as such controlled person to any person to whom such controlled person is liable (including to the Commission in any action brought under paragraph (1) or (3) of section 21(d)), unless the controlling person acted in good faith and did not directly or indirectly induce the act or acts constituting the violation or cause of action».

<sup>1605</sup>Véase, Melhus, Brian A., «Control Person Liability: A Repudiation...», cit., p. p. 932-933. También, Gates, Brianna L., «The SEC on a Forum Shopping Spree: SEC Enforcement», cit., p. 398, que se remite a las explicaciones sobre el particular dadas en la sentencia dictada en el caso *Laperriere v. Vesta Ins. Group Inc*, 526 F.3d 715 (2008).

<sup>1606</sup>La cuestión sobre si una y otra responsabilidad concurren o si las previsiones de la sección 20 (a) excluyen la aplicación, en este ámbito, de la doctrina más tradicional, ha sido polémica en los Tribunales Federales (que no ha sido resuelta por el Tribunal Supremo Federal). Así, en *Laperriere v. Vesta Ins. Group Inc*, 526 F.3d 715 (2008), el Tribunal se pronuncia claramente a favor de que estamos ante dos fuentes de responsabilidad independientes y concurrentes, que por ello se complementan, citando en apoyo de esta conclusión resoluciones dictadas por tribunales del Primer y el Segundo Circuito. Para este Tribunal, la responsabilidad prevista en la sección 20 (a) surge precisamente para llegar donde la doctrina tradicional no podía hacerlo. En la misma línea, la sentencia dictada en el caso en *Nordstrom, Inc. v. Chubb & Son Inc.*, 54 F.3d 1424 (9th Cir. 1995). En *Haynes v. Anderson & Strudwick Inc.*, 508 F. Supp. 1303 (E.D. Va. 1981), se sostiene, sin embargo, que la *control person liability* es el único criterio de imputación vigente en este campo. Véase, Melhus, Brian A., «Control Person Liability: A Repudiation...», cit., p. 932, nota 24; también, York, Christopher J., «Vicarious Liability of Controlling Persons: Respondeat Superior and the Securities Acts -a Reversible Consensus in the Circuits», 42 *Emory L. J.* 313 (1993); Ferrara, Ralph C. y Sanger, Diane, «Derivative Liability in Securities law: Controlling Person Liability, Respondeat Superior, and Aiding and Abetting», 40 *Wash. & Lee L. Rev.* 1007 (1983). Véase, asimismo, Wang, William K.S. y Steinberg, Marc I., *Insider Trading. Liability and Compliance*, cit § 4.06 (versión electrónica).

legal y del control ejercido sobre el infractor, una cierta participación culpable de aquella en la infracción (con discrepancias entre aquellos que defienden esta postura sobre cuál ha de ser alcance de dicha participación); o si por el contrario, lo que corresponde es acreditar exclusivamente que se vulneró la norma y que la persona demandada ejercía efectivo control sobre el infractor, correspondiendo a la primera probar, en su caso, esa buena fe a la que se refiere la norma<sup>1607</sup>, que, de esta forma, actuaría como una *affirmative defense*<sup>1608</sup>.

En cualquier caso, aun conscientes de que la diferencia entre una y otra postura no es baladí, lo que sí parece claro es que la sección 20 (a) de la *Securities and Exchange Act* no establece una responsabilidad puramente objetiva, de manera que es posible para la *controlling person* eludirla si ejerció el control exigido con la diligencia debida.

## **2.2. La sección 21 (A) de la *Securities and Exchange Act***

La sección 21 (A) *Securities and Exchange Act* prevé la responsabilidad de los *controlling person* para los casos de *insider trading*, pero presenta con la sección 20 (a) de la misma norma una diferencia importante. En ella, el legislador ha regulado de manera más concreta la forma en la que la *controlling person* puede eludir su responsabilidad.

La sección 21 (A) dispone que si la SEC pretende exigir las sanciones civiles en ella previstas a una *controlling person* deberá probar que esta: a) conocía que se estaba cometiendo la infracción o ignoró el alto riesgo de que la misma se estuviera produciendo, una ignorancia sobre el riesgo que, según dispone la norma, podrá ser *reckless*; o b) no estableció los procedimientos adecuados de control y prevención de estas conductas a los que están obligadas aquellas entidades comprendidas en las secciones 15 (f) de la propia norma o en la sección 20 4 A de la *Investment Advisers Act* de 1940 (esto es, los que presten servicios como *broker*, *dealer*

---

<sup>1607</sup>Véase, Melhus, Brian A., «Control Person Liability: A Repudiation...», cit., p. p. 934-939; Felsenthal, Adam, «The blindsided Insider: Insider...», cit., p. p. 174-176; Gates, Brianna L., «The SEC on a Forum Shopping Spree...», 99 *Iowa L. Rev.* 393 (2013), p. p. 405-408.

<sup>1608</sup>Cuando así se ha entendido y los demandados han opuesto esta excepción, los Tribunales han exigido que se acredite que se ejerció un control diligente sobre las actividades que realizaban las personas bajo su supervisión, así como la existencia de sistemas y procedimientos adecuados a estos efectos; rechazando, por el contrario, esta alegación en los supuestos en los que la *controlling party* ignoró determinados hechos (los conocidos como «*red flags*»), que ponían de manifiesto que se estaban produciendo infracciones de la norma; o cuando se detectaron importantes carencias en los sistemas de control; Felsenthal, Adam, «The blindsided Insider: Insider Trading...», cit. p. 177.

*broker, investment company o investment advisers*), contribuyendo sustancialmente o permitiendo con ello que se cometiera dichas conductas<sup>1609</sup>.

Para sancionar a la persona jurídica que controle al infractor, la SEC debe probar una de estas tres posibilidades: que conocía la existencia de la infracción; que culposamente desdeñó la posibilidad de que ello estuviera ocurriendo; o que, estando obligada a ello, no adoptó los programas de prevención y cumplimiento preceptivos.

Comenzando por esta última posibilidad, la misma se ampara en la obligación que la ley establece para determinadas entidades, como son los *brokers, dealer brokers, investment companies o investment advisers*, de dotarse de adecuados sistemas de control y cumplimiento para evitar en su seno este tipo de prácticas. Si este fuera el caso y la entidad no hubiera cumplido esta obligación, producida la infracción, será responsable y, en consecuencia, podrá ser sancionada, si esta omisión, como dice el texto, contribuyó sustancialmente o permitió su comisión.

Se sanciona, pues, a la entidad por una omisión, cual es el incumplimiento de su obligación de dotarse de un programa de cumplimiento adecuado para prevenir, en su seno, conductas constitutivas de *insider trading*; siempre que dicha omisión, como dice el texto, haya provocado su comisión o contribuido esencialmente a ello. Acreditada esta relación de causalidad, la persona jurídica podrá ser sancionada civilmente, si sus empleados o cualquier otra persona sobre la que ejerza el control descrito infringe la prohibición de *insider trading*

Distintas son las otras dos posibilidades previstas en la norma. En ellas se exige que la entidad conociera la existencia de la infracción o culposamente desdeñara la posibilidad de que estuviera ocurriendo. Se descarta cualquier atisbo de responsabilidad objetiva amparada, sin más, en el mero hecho de ejercer control sobre el infractor, exigiéndose que la entidad conociera que se estaba realizando el hecho o ignorara las señales claras de que las actuaciones ilícitas estaban teniendo lugar. En este extremo, el legislador no ha definido exactamente los términos *knowing or reckless*, y especialmente este último, pero los trabajos legislativos que rodearon a la

---

<sup>1609</sup>Véase, Felsenthal, Adam, «The blindsided Insider: Insider Trading...», cit., p. p. 178-179.

norma sugieren que se estaba pensando en una desviación grave de la diligencia exigible a una persona razonable en la situación en cuestión<sup>1610</sup>.

Podemos concluir que, en estos dos supuestos, cuando la entidad conocía o pudo haber conocido lo que estaba ocurriendo, la responsabilidad de una persona jurídica, en su condición de *controlling person*, en los casos de *insider trading*, no se amparará sin más en la doctrina del *respondeat superior* porque, por definición, esta no permite que la entidad quede exenta de responsabilidad si acredita una actuación diligente. Ahora bien, precisamente porque esta doctrina no resulta aplicable, tampoco lo serán lógicamente sus presupuestos. Por tanto si un empleado de un banco, por ejemplo, compra o vende valores negociables utilizando para ello información privilegiada, la entidad bancaria podrá ser objeto de las sanciones previstas en la sección 21 (A) de la *Securities and Exchange Act*, si se cumplen los presupuestos establecidos en su texto, aun cuando buscara con ello exclusivamente un lucro personal.

En conclusión, por un lado, se amplía la posibilidad de sancionar civilmente a las entidades, al no exigir que sus empleados actúen con la intención de beneficiarlas, pero, por otro se limita su alcance, exigiendo a la SEC que acredite los extremos indicados y, fundamentalmente, permitiendo a las entidades probar que actuaron con la diligencia debida.

Precisamente por ello, y porque lo que pretendía la sección 21 (A) era facilitar el castigo del uso de información privilegiada y no limitarlo, creemos que su aprobación, frente a lo defendido por algunos autores, no perseguía derogar respecto a las personas jurídicas, la doctrina tradicional del *respondeat superior*, amparada sin más en la relación *master-servant*, sino cubrir otros ámbitos donde esta responsabilidad no podía llegar, como era el caso de aquellas personas físicas o jurídicas que ejercían ese control sin ser propiamente «el empleador» del infractor<sup>1611</sup>.

---

<sup>1610</sup>Felsenthal, Adam, «The blindsided Insider: Insider Trading ...», cit., p. 180; también, Steinberg, Marc y Fletcher, John, «Compliance Programs for Insider Trading», 47 S.M.U. L. Rev. 1783 (1994), p. p. 1788-1789.

<sup>1611</sup>Como hemos dicho, no es esta la opinión de algunos autores, que se amparan para ello, particularmente, en alguna de las afirmaciones contenidas en el informe que, sobre el texto legal, elaboró el Congreso Federal y que parecía apuntar a que el legislador sí pretendía, en este ámbito, derogar la doctrina del *respondeat superior*. Véase al respecto, Teeters, Bruce A., «Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act of 1988: Just How Much are employer going to pay», 59 U. Cin. L. Rev. 587 (1990), p. 598; Friedman, Howard M. «The Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act of 1988», 68 N.C. L. Rev. 465 (1990), p. 486, n.159; Kaswell, Stuart J., «An Insider's View of the Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act of 1988», 45 Bus. Law 145 (1989), p. 167.

### 2.3. ¿Un posible debate?

Como dijimos al inicio de este apartado, resultaba interesante, desde nuestra perspectiva, aproximarse a la responsabilidad que se exige a la denominada *controlling person*, porque la existencia de una sola regulación de la figura del *insider trading*, sin perjuicio, de que pueda dar lugar a responsabilidades de distinta naturaleza, fomenta, en nuestra opinión, la permeabilidad entre la jurisdicción civil y penal y, con ello, la posible influencia de la una sobre otra. En este sentido, las fisuras que se advierten -aunque sean limitadas- en la aplicación de la doctrina del *respondeat superior*, al permitir que la entidad pueda alegar, en este ámbito civil, que fue lo suficientemente diligente en la prevención de la infracción, podría ser un punto de partida para comenzar a debatir si, en el ámbito de la responsabilidad penal, también debería reconocerse a las entidades esta posibilidad; la cual, por otro lado, habría de materializarse necesariamente, en el examen de la existencia y de la eficacia de los mecanismos de prevención y control de ilícitos establecidos por la entidad.

La consagración de una posibilidad de este tipo aún parece lejana, pero el debate está abierto, aun cuando no se escapa que tal posibilidad rompería el esquema de imputación basado en la doctrina del *respondeat superior* y exigiría una formulación diferente.

Nos parece, por otro lado, acertado el castigo civil de aquellas entidades que no se doten los mecanismos de prevención y control que le impone el legislador. El fomento de la autoregulación no es suficiente. Cuando así lo exige la protección del interés general, como sería este caso, esta autoregulación debe ser preceptiva y si se desoyen los mandatos al respecto y finalmente se produce el daño, debe existir la sanción, que recaerá sobre la entidad, pero que también puede alcanzar a los administradores. En efecto, como hemos visto en el capítulo dedicado a la responsabilidad de los administradores, si la entidad fuera finalmente sancionada por esta omisión, estos serán civilmente responsables por los daños causados. Así ha sido consagrado por la jurisprudencia estadounidense, impulsada en este ámbito, especialmente, por los tribunales del Estado de Delaware.





## CAPÍTULO DECIMOQUINTO. TAX CRIMES

### I. LA PERSECUCIÓN DEL FRAUDE FISCAL

#### 1. El *Internal Revenue Service* (IRS)

El *Internal Revenue Service* (IRS), organismo público equivalente a nuestra Agencia Tributaria, integrado en el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos y responsable de aplicar las normas tributarias y exigir el pago de los impuestos, recauda anualmente más de 2,27 billones de dólares. De estos, 2,21 billones (un 97% del total) son abonados voluntariamente, mientras que unos 65 billones son recaudados de una manera forzosa<sup>1612</sup>.

Este mismo organismo, en el año 2013, fijaba el *Tax Gap*, esto es, la diferencia entre los impuestos debidos y los abonados realmente, en más de 450.000 millones de dólares. Esta cifra suponía un aumento de más de 100.000 millones desde la última estimación al respecto realizada en el año 2007<sup>1613</sup>. La reducción de esta diferencia es para el IRS, como suponemos que para el resto de los organismos públicos similares de otras partes del mundo, un problema fundamental; exacerbado, por otro lado, por la globalización financiera, que ha aumentado las posibilidades de que los ingresos y ganancias se oculten fuera del país<sup>1614</sup>.

Esta tarea, que implica incrementar la exigencia en el cumplimiento de las normas y la persecución de sus infractores, se pretende hacer por este organismo de forma que se logre no solo recaudar los impuestos debidos, sino también que los poderes públicos actúen para ello de una manera firme y uniforme<sup>1615</sup>.

---

<sup>1612</sup>FY 2014 Congressional Budget. Tax Division United States Department of Justice (disponible en <http://www.justice.gov/jmd/2014justification/pdf/tax-justification.pdf>), p. 4.

<sup>1613</sup>FY 2014 Congressional Budget..., cit., p. 4. No se concreta en este informe qué cifra podría corresponder al *Corporate Tax Gap*. Sí se contiene alguna estimación al respecto en un informe de agosto del año 2013, elaborado por el Departamento del Tesoro y publicado con el título, «The Internal Revenue Service Needs to Improve the Comprehensiveness, Accuracy, Reliability, and Timeliness of the Tax Gap Estimate» (disponible en <http://www.treasury.gov/tigta/ierereports/2013reports/2013IER008fr.pdf>). Según este último informe, la última estimación realizada habría fijado el *tax gap* en 67.000 millones de dólares, de los que 19.000 corresponderían a *small corporations* y el resto a las grandes compañías. Se advierte sin embargo, en este documento, las dificultades que se afrontan para cualquier cálculo sobre la cifra real de fraude en el campo de las *corporations*. De hecho la finalidad del informe, como se infiere de su título, es poner de manifiesto la necesidad de mejorar los métodos utilizados para este fin, como también la de mejorar la detección de las áreas de mayor incumplimiento, para así poder diseñar más exactamente la política fiscal.

<sup>1614</sup>Véase, FY 2014 Congressional Budget..., cit., p. 4.

<sup>1615</sup>Véase, FY 2014 Congressional Budget..., cit., p. 5.

## 2. La *Tax Division*

Para lograr sus fines, el *IRS* trabaja conjuntamente con la *Tax Division* del Departamento de Justicia. Uno y otro juegan un papel fundamental en la persecución civil y penal del fraude fiscal.

La *Tax Division of Department of Justice* es una sección especializada de este departamento que pretende la aplicación justa y uniforme de las leyes tributarias en todo el país. Representa al Estado Federal y al *IRS* ante todos los Tribunales, excepto en el *United States Tax Court*<sup>1616</sup>, y por ello en todos los procedimientos civiles y penales que se planteen relacionados con la aplicación o vulneración de las normas tributarias. Asimismo, apoya las investigaciones realizadas por el *IRS*, decidiendo, en su caso, el ejercicio de las acciones correspondientes<sup>1617</sup>.

Concretamente en el ámbito civil, íntimamente relacionado, como es habitual, con el penal, la *Tax Division* representa los intereses del *IRS* en cuatro áreas fundamentales<sup>1618</sup>:

1. *Collecting Unpaid Taxes*. Cuando el *IRS* no pueda lograr el pago de determinados tributos en vía administrativa porque, por ejemplo, parte de los bienes del contribuyente hayan sido transferidos fraudulentamente a terceros o su recuperación plantee problemas complejos de interrelación entre el Derecho estatal y el Federal, es la *Tax División* la que ejercitará a estos efectos la acción civil correspondiente.

2. *Halting the Spread of Tax Shelters*. Con la expresión *tax shelter*, y de una manera muy sintética, se hace referencia a una determinada operación o inversión que persigue que el contribuyente se ahorre impuestos. La misma puede ser lícita o abusiva. En este último caso, se trata de operaciones o inversiones que permiten al contribuyente la obtención de un ahorro fiscal

---

<sup>1616</sup> El *United States Tax Court* es un Tribunal Federal especializado al que los particulares pueden acudir cuando el *IRS* haya detectado en su declaración tributaria una *tax deficiency* concreta, esto es, una diferencia en la cantidad que ha de ser abonada a la Hacienda Pública. Ante dicho Tribunal pueden discutir la cantidad sin tener que abonarla previamente. En este sentido, su función es exclusivamente determinar el *quantum* que adeuda el contribuyente. Además, tiene competencia en otras materias, como la revisión de las recompensas concedidas a aquellas personas que hayan facilitado información al *IRS*. El Tribunal está formado por diecinueve jueces nombrados por el Presidente del país, que cuentan con el apoyo de otros *senior judges* y *special trial judges*. Aunque su sede está en Washintong D.C., sus miembros celebran juicios en otras ciudades designadas a estos efectos. Véase <https://www.ustaxcourt.gov/about.htm>.

<sup>1617</sup> Véase, [http://www.justice.gov/tax/about\\_us.htm](http://www.justice.gov/tax/about_us.htm).

<sup>1618</sup> Véase, *FY 2014 Congressional Budget...*, cit., p. p. 7-12.

desmesurado y no previsto por el legislador, cuya única finalidad es precisamente obtener dicho ahorro<sup>1619</sup>. Estas operaciones pueden estar diseñadas para un solo contribuyente o para una pluralidad de ellos, ofertándose, al público en general, por una firma de inversión o de asesoramiento financiero o, incluso, por una entidad bancaria<sup>1620</sup>.

La *Tax Division* juega un papel fundamental para combatir los *abusive tax shelter*, representando los intereses del *IRS* en aquellos procedimientos judiciales derivados de la negativa de este organismo al reconocimiento de beneficios fiscales derivados de estas operaciones<sup>1621</sup>; así como promoviendo, cuando corresponda, la imposición de las correspondientes sanciones.

3. *Shutting Down Tax Scams, Shelter Promoters, and Fraudulent Return Preparers.*- La *Tax Division* encabeza un programa –*civil injunction program*- destinado a obtener judicialmente el fin de la actividad de aquellas personas o entidades que se dediquen profesionalmente a «promover» el fraude fiscal; y ello sin perjuicio de iniciar, en su caso, el procedimiento penal que corresponda<sup>1622</sup>.

El programa está destinado fundamentalmente a los profesionales que se dediquen a la preparación de las declaraciones tributarias de terceros y pretende evitar que estos empleen prácticas que promuevan el fraude<sup>1623</sup>.

---

<sup>1619</sup>Véase, Meier, Jared T., «Comment. Understanding the Statutory Tax Practitioner Privilege: What Is Tax Shelter "Promotion"?», 78 *U. Chi. L. Rev.* 671 (2011), p. p. 673-674; también, Bankman, Joseph, «The Tax Shelter Battle», en *The Crisis in the Tax Administration*, Aaron H. y Slemrod J. (editors), The Brookings Institution, Washington D.C., 2004. Asimismo sobre los criterios manejados por los Tribunales para distinguir cuándo nos encontramos ante un *tax shelter* de estas características, véase, Hsue, Patricia B., «Comments. Lesson from United States v. Stein: Is the Line between Criminal and Civil Sanctions for Illegal Tax Shelters a Dot?», 102 *Nw. U. L. Rev.* 903 (2008), p. p. 915-920

<sup>1620</sup>Durante los años 90 y principios del año 2000, las grandes compañías auditoras norteamericanas como *KPMG*, *Pricewaterhouse Coopers* o *Ernst & Young* ofertaron en el mercado estadounidense gran cantidad de productos calificados como *tax shelters*, algunos de ellos claramente abusivos, que costaron a la Hacienda Pública miles de millones dólares al año y que dieron lugar a importantes reformas legales destinadas a combatir este tipo de fraude. En el caso de la primera de estas firmas, su comportamiento dio lugar, además, como luego examinaremos, al inicio contra ella de un procedimiento penal. Véase Meier, Jared T., «Comment. Understanding the Statutory...», cit., p. p. 675- 676. Las reformas legales a las que estas prácticas dieron lugar supusieron, entre otros extremos, el aumento de las posibles sanciones por prácticas abusivas; mayores obligaciones de información frente al *IRS*; y la imposición, a los profesionales del sector del asesoramiento fiscal, de unos estándares éticos superiores. Véase Soled, J., «Tax Shelter Malpractice Cases and Their implications for Tax Compliance», 58 *Am. U. L. Rev.* 267 (2008), p. p. 268-269.

<sup>1621</sup>Véase, *FY 2014 Congressional Budget...*, cit. p. 7.

<sup>1622</sup>Véase, *FY 2014 Congressional Budget...*, cit. p. p. 8-9.

<sup>1623</sup>Para obtener una información más detallada sobre este programa y sobre las órdenes obtenidas en los últimos años, véase <http://www.justice.gov/tax/injunctions.htm> y <http://www.justice.gov/opa/pr/2013/March/13-tax-350.html>. Como ejemplo podemos citar que, en octubre del año 2012, un Tribunal Federal emitió una orden

4. *Assisting with IRS Information Collection and Examinations*. Cuando el IRS solicita información a una determinada persona o entidad, y la misma se niega a facilitarla, la *Tax Division*, a su instancia, puede acudir a un Tribunal Federal para obtener una orden judicial que la obligue a proporcionar dicha información.

En ocasiones esta información puede referirse a una persona o a grupo de contribuyentes aún no identificados que, sin embargo, están siendo objeto de investigación porque podrían estar incumpliendo la legislación tributaria. Es el caso, por ejemplo, de una de las últimas peticiones formuladas en el año 2013, contra una entidad bancaria, el *HSBC Bank USA, N.A.*, a la que se le solicitó información sobre los residentes estadounidenses que podría estar utilizando cuentas de dicha entidad en India, ante la sospecha de que, a través de ellas, podrían estar evadiendo impuestos<sup>1624</sup>.

Estamos, en estos supuestos, ante lo que se conoce como una *John Doe summon* que, como hemos dicho, deberá ser aprobada en todo caso por un Tribunal Federal. Para dicha aprobación se debe acreditar que existen sospechas razonables de incumplimiento fiscal. No es preciso pues una causa probable, sino esa base o sospecha razonable de incumplimiento<sup>1625</sup>.

### 3. La persecución penal de los delitos fiscales

Además de en el ámbito civil, la *Tax Division* juega un papel fundamental en la persecución penal de las infracciones tributarias que sean constitutivas de delito, en un intento de lograr cierta uniformidad, a este respecto, en todo el país<sup>1626</sup>.

En los últimos tiempos, tres han sido los objetivos fundamentales de estas persecuciones: la cuentas en paraísos fiscales, que ha dado lugar, como veremos a

---

preliminar contra la cuarta *tax-preparation firm* más importante del país, denominada *Instant Tax Service*. De conformidad con esta orden, la entidad debía cesar en sus operaciones hasta la resolución definitiva del procedimiento iniciado contra ella y destinado precisamente al cese definitivo de su actividad profesional. Véase, *FY 2014 Congressional Budget...*, cit., p. 8.

<sup>1624</sup>Véase, *FY 2014 Congressional Budget...*, cit., p. 9.

<sup>1625</sup>Véase, la sección séptima -*Special Procedures for John Doe Summonses*- del capítulo cinco, de la parte vigésimo quinta del *IRS Manual*. El *IRS Manual* es un texto publicado por el *Internal Revenue Service* que sirve de guía a sus empleados para la aplicación de las normas tributarias.

<sup>1626</sup>Véase, Brown, Sandra R. y Moore, Thomas, «Key Things to Know in Prosecuting Criminal Tax Cases: A View from the U.S. Attorneys' Offices», *United States Attorneys' Bulletin*, marzo 2013, p. 8.

Sobre los criterios o factores que pueden marcar la diferencia entre una infracción meramente civil (administrativa) y una infracción penal que, como veremos a continuación, no depende de la cantidad defraudada, véase, Fink, Robert S., *Tax Controversies: Audits, Investigations, Trials*, Matthew Bender Company Inc., 2013, § 5.01 (versión electrónica).

continuación, a las condenas de varias entidades bancarias por colaborar o facilitar la tenencia de este tipo de cuentas; el castigo de aquellos *Tax Return Preparers* que ayudan a defraudar impuestos a sus clientes; y, más recientemente (concretamente desde finales del 2012), los robos o suplantaciones de identidad, con la finalidad de obtener indebidamente determinados beneficios<sup>1627</sup>.

La *Tax Division* revisa las investigaciones llevadas a cabo por el *IRS*, en el ejercicio de sus facultades de inspección y control, que le son remitidas, decidiendo si han de continuar y si ha de formularse o no acusación. En este sentido, salvo escasas excepciones en los que esta autoridad puede delegarse, este departamento es el único que puede autorizar una investigación por el Gran Jurado contra una persona o entidad por este tipo de infracciones. Solo después que se haya emitido autorización, el fiscal correspondiente podrá iniciar la investigación y formular en su caso la correspondiente acusación<sup>1628</sup>.

Cabe indicar, en este sentido, que la investigación y persecución de los delitos contra la Hacienda Pública Federal americana presentan algunas particularidades que es preciso aclarar.

El *Internal Revenue Service* es el organismo encargado, en un primer momento, de la investigación criminal de las posibles violaciones penales del *Internal Revenue Code*<sup>1629</sup>, de conformidad con los objetivos y estrategias que se fijen por dicho organismo<sup>1630</sup>. A este fin cuenta con unos agentes especiales que asumen dicha investigación. Para llevarla cabo, estos agentes pueden, por supuesto, solicitar todo tipo de información relevante a entidades públicas y privadas<sup>1631</sup>, con el auxilio de la *Tax Division* cuando sea preciso, pero también establecer dispositivos de vigilancia sobre determinadas personas y lugares; solicitar autorización para la interceptación de comunicaciones; o acceder, también previa autorización, a la información obtenida a través de interceptaciones acordadas en otra investigación penal<sup>1632</sup>.

---

<sup>1627</sup>Véase, Fink, Robert S., *Tax Controversies: Audits, Investigations, Trials*, cit., § 16.07 (versión electrónica).

<sup>1628</sup> Brown, Sandra R. y Moore Thomas, «Key Things to Know in ...», cit., p. 8.

<sup>1629</sup>El *Internal Revenue Code* es el conjunto de leyes fiscales federales. En la actualidad está comprendido en el título 26 del *U.S. Code*.

<sup>1630</sup>Véase, sección 9.1.1.2 y siguientes del *Internal Revenue Service Manual (IRS Manual)*.

<sup>1631</sup>Véase, sección 9.4.4 (*Requests for Information*) del *IRS Manual*.

<sup>1632</sup>Véase, Sección 9.4.6 (*Surveillance and Non-Consensual Monitoring*) del *IRS Manual*.

De conformidad con la sección 2517 del título 18 del *U.S. Code* para que la información obtenida, a través de una interceptación de comunicaciones autorizada para la investigación de un determinado delito, pueda ser utilizada en otra investigación penal, es preciso una segunda autorización denominada *derivative use order*.

También pueden realizar operaciones encubiertas<sup>1633</sup>, solicitar entradas y registros<sup>1634</sup> y realizar detenciones, con o sin orden previa, si bien esta última posibilidad se prevé sólo en supuestos excepcionales<sup>1635</sup>.

Asimismo, en el curso de su investigación, los agentes del *Internal Revenue Service* pueden tomar declaración a testigos, como pueden tomar declaración a la persona investigada. Unos y otros, sean personas físicas o entidades, y comparezcan como consecuencia de una citación formal o de un simple requerimiento, gozarán ya en ese momento de los derechos que tienen reconocidos constitucionalmente<sup>1636</sup>. Particularmente cuando el sujeto de estas entrevistas sea la persona investigada, la misma deberá ser informada de sus derechos, entre ellos los comprendidos en la Cuarta, Quinta y Sexta Enmienda<sup>1637</sup>. Si se tratase de una persona jurídica es evidente que dicha información se facilitará a la persona que comparezca en su nombre.

Conviene recordar en este momento que las personas jurídicas gozan del derecho a no ser sometidas a *unreasonable searches o seizure* (Cuarta Enmienda) y por supuesto del derecho a la defensa (Sexta Enmienda), pero no del derecho a no autoincriminarse (Quinta Enmienda – *self-incrimination clause*). De esta forma, como recoge expresamente el *IRS Manual*, si la persona que comparece a su llamamiento fuera un *corporate officer* o un empleado de una *corporation* implicada en una investigación criminal, el mismo deberá ser informado de que no tiene obligación de declarar contra sí mismo, que cualquier documentación que aporte podrá ser utilizada en su contra y que tiene derecho a ser asistido por un abogado. Ahora bien, si esta persona fuera, además, «el custodio de los documentos corporativos necesarios para la investigación», se le advertirá de que no puede negarse a aportar dicha documentación, porque el derecho consagrado en la Quinta Enmienda no se aplica ni a la entidad ni a sus archivos<sup>1638</sup>. Ello aún cuando de la aportación de dichos documentos, que tiene en su poder en su condición

---

<sup>1633</sup>Véase, sección 9.4.8 (*Undercover Operations*) del *IRS Manual*.

<sup>1634</sup>Véase, sección 9.4.9 (*Search Warrants, Evidence and Chain of Custody*) del *IRS Manual*.

<sup>1635</sup>Véase, sección 9.4.12 (*Arrests*) del *IRS Manual*. De conformidad con las indicaciones contenidas en este texto, la realización de una detención injustificada por algún agente especial del *IRS* puede dar lugar a la correspondiente responsabilidad civil. Por ello, en los supuestos en los que la investigación penal en curso aún no haya sido aprobada por la Fiscalía, resulta conveniente instar su consejo para llevar a cabo la medida, evitando así que pudiera acordarse en el curso de una investigación en la que finalmente la Fiscalía decidiera no formular acusación. En este sentido, véase la sección 9.4.12.3.1.1 del mismo texto.

<sup>1636</sup>Véase, la sección 9.4.5.11 (*Rights of Witnesses and Prospective Defendants During Interview*) del *IRS Manual*. Sorprende la exhaustividad y detalle de las indicaciones que se aportan sobre cómo llevar a cabo estas «interviews».

<sup>1637</sup>Véase, sección 9.4.5.11.2 (*Constitutional Rights*) del *IRS Manual*.

<sup>1638</sup>Véase, sección 9.4.5.11.3.1.3 del mismo texto.

de representante de la entidad, pudiera derivarse indicios criminales contra él, como persona física.

Efectivamente, de conformidad con una jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo Federal<sup>1639</sup>, la persona que custodia los *corporate records* no puede oponerse a aportarlos si le son solicitados durante una investigación penal, porque las personas jurídicas no son titulares del derecho a no declarar contra sí mismas. Pero tampoco podría amparar dicha negativa en que dicha aportación podría incriminarle a él, como persona física, y por tanto suponer una vulneración de sus derechos, tal como han sido consagrados en la Quinta Enmienda. Como declaró el Alto Tribunal en *Braswell v. United States*, en un supuesto además en el que la persona requerida era el único propietario de la entidad, reconocer a estos representantes, en estos casos, la posibilidad de negarse a la aportación de los documentos de la persona jurídica, con base en su propio derecho a no declarar contra sí mismo, sería tanto como reconocer este último a la entidad, que no es titular del mismo. Además, ello iría en detrimento de la capacidad de las autoridades para perseguir los denominados *White Collar Crimes*<sup>1640</sup>.

---

<sup>1639</sup>Véase, *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906); *Wilson v. United States*, 22 U.S. 361 (1911); y *Braswell v. United States*, 487 U.S. 99 (1988).

<sup>1640</sup>Dicho lo anterior, en la misma resolución, el Tribunal aclara que lo que la Fiscalía no podrá valorar la aportación en contra del representante, precisamente porque el acto del representante es un acto de la entidad. De manera que la autenticidad de dichos documentos o el conocimiento que el primero pudiera tener de ellos deberá ser acreditado mediante otras pruebas. En este sentido dice el Tribunal: «Although a corporate custodian is not entitled to resist a subpoena on the ground that his act of production will be personally incriminating, we do think certain consequences flow from the fact that the custodian's act of production is one in [487 U.S. 99, 118] his representative rather than personal capacity. Because the custodian acts as a representative, the act is deemed one of the corporation and not the individual. Therefore, the Government concedes, as it must, that it may make no evidentiary use of the "individual act" against the individual. For example, in a criminal prosecution against the custodian, the Government may not introduce into evidence before the jury the fact that the subpoena was served upon and the corporation's documents were delivered by one particular individual, the custodian. The Government has the right, however, to use the corporation's act of production against the custodian. The Government may offer testimony - for example, from the process server who delivered the subpoena and from the individual who received the records - establishing that the corporation produced the records subpoenaed. The jury may draw from the corporation's act of production the conclusion that the records in question are authentic corporate records, which the corporation possessed, and which it produced in response to the subpoena. And if the defendant held a prominent position within the corporation that produced the records, the jury may, just as it would had someone else produced the documents, reasonably infer that he had possession of the documents or knowledge of their contents. Because the jury is not told that the defendant produced the records, any nexus between the defendant and the documents results solely from the corporation's act of production and other evidence in the case».

También con respecto a las personas físicas, a pesar de que ellas sí tienen reconocido constitucionalmente el derecho a no declarar contra sí mismas, el Tribunal Supremo Federal reconoce determinados supuestos en los que estas no pueden negarse a aportar determinados documentos al amparo de dicho derecho. Es la conocida como *required records doctrine*, según la cual dado que la *self incrimination clause* solo se aplica a las *testimonial evidence*, el sujeto estará obligado a aportar documentos que tuviera en su poder, si fuera requerido para ello, salvo que dicha aportación implique la admisión de que dichos documentos existen, de que son auténticos o de que están bajo el control de la persona que los aporta. Véase sobre la aplicación de esta doctrina y sobre las críticas que ha despertado, Saltzburg, Stephen A., «The Required Records Doctrine: Its Lessons for the Privilege Against Self-Incrimination», 53 *U. Chi. L. Rev.* 6 (1986). También, Mannheimer, Michael J. Z., «Toward a Unified Theory of Testimonial Evidence under the Fifth and Sixth Amendments», 80 *Temp. L. Rev.* 1135 (2007).



Una vez que el *IRS*, utilizando los medios de investigación que hemos expuesto, ha finalizado su investigación, el resultado de la misma, junto con el informe correspondiente<sup>1641</sup>, se remitirá al *Tax Division of the Department of Justice*, que es quien decidirá, acusar, completar la investigación realizada o no formular acusación alguna.

## II. **FEDERAL TAX CRIMES**

### 1. **Marco general**

Varias son las infracciones penales federales que podemos examinar bajo la rúbrica *federal tax crimes* o *federal tax offenses*, comprendidas fundamentalmente en las secciones 7201 y siguientes del Título 26 del *U.S. Code*, en el que se compila el capítulo 75 del *Internal Revenue Code* de 1986<sup>1642</sup>.

De estas, la comprendida en la primera de estas secciones, donde se prohíbe cualquier intento de evadir o eludir un impuesto, es sin duda la más importante<sup>1643</sup>. Es el delito más grave, y en él se pueden subsumir una gran variedad de comportamientos.

Junto a ella se prevén otras infracciones menos graves, que van a permitir la persecución penal de, prácticamente, el incumplimiento de cualquier deber que corresponda al contribuyente frente a la *IRS*, o de cualquier comportamiento que pueda obstaculizar el ejercicio de sus funciones: desde la falta a la verdad en cualquier declaración o documento dirigido al mismo, hasta la utilización indebida de su material, pasando por la no atención de cualquier requerimiento o citación formulada.

---

<sup>1641</sup>Este informe recibe el nombre de *Criminal Enforcement Memorandum (CEM)*, y en él se debe hacer constar: el delito que se recomienda perseguir, las pruebas en las que se basa dicha recomendación, las posibles cuestiones técnicas y legales que se hayan planteado, las posibles dificultades que pueden aparecer y las recomendaciones concretas que el agente especial considere conveniente. Véase, la sección 6-4.110 del *Criminal Tax Manual* de 2012, aprobado por el Departamento de Justicia.

El *Criminal Tax Manual* es un texto que, como otros que hemos mencionado a lo largo de este trabajo, trata de servir de guía de actuación. En este caso, sus destinatarios son los Fiscales Federales, a lo que da una serie de pautas para el ejercicio de acusación en el ámbito de los delitos contra la Hacienda Pública.

<sup>1642</sup>En general, sobre este tipo de infracciones, véase, Murphy, Ann y otros, *Federal Tax Practice and Procedure*, Matthew Bender & Company Inc., 2013, §18.01 (versión electrónica); Fink, Robert S., *Tax Controversies: Audits, Investigations, Trials*, cit., (versión electrónica); Arkin, Stanley S., *Business Crime. Criminal Liability of the Business Community*, cit., § 27 (versión electrónica); Obermaier, Otto G. y Morvillo, Robert G., *White Collar Crime: Business and Regulatory Offense White Collar Crime*, cit., §13 (versión electrónica); Strader, Kelly J., *Understanding White Collar...*, cit., p. p. 261-279. También, Brickey, Kathleen, F., *Corporate and White collar...*, cit., p. p. 475-517.

<sup>1643</sup>Declaraba el Tribunal Supremo en *Sansone v. United States*, 380 U.S. 343 (1965), que esta infracción penal es la piedra angular de un sistema de sanciones concebido para inducir al inmediato y completo cumplimiento de las obligaciones fiscales y para sancionar cualquier grado de delincuencia.

Algunas de estas conductas coinciden esencialmente con las constitutivas de otros delitos federales, como serían, por ejemplo, las falsedades cometidas en las declaraciones dirigidas a una agencia federal o la obstrucción a una investigación que esté siendo realizada por una de ellas. La aplicación de estos tipos más generales cederá ante la aplicación de la norma especial. En otras ocasiones, lo que ocurría es que, además del *tax crimen*, se cometerán otros delitos federales, como serán los *mail o wire fraud*; o también, muy frecuentemente, el delito de *conspiracy*, si hubiera habido concierto previo entre varias personas para su comisión<sup>1644</sup>.

El punto común de todas estas infracciones penales, ya sean -por su gravedad- *felonies* o *misdemeanor*, es que el sujeto activo deberá actuar *willfully*<sup>1645</sup>. En este contexto *willfulness* significa «a voluntary, intencional violation of a known legal duty», esto es, la vulneración voluntaria e intencional de una deber legal<sup>1646</sup>.

## **2. Tax evasion**

De conformidad con la sección 7201, del Título 26 del *U.S. Code*, la persona que intente, de cualquier manera, evadir o eludir el cálculo o el pago de cualquier impuesto, cometerá un delito castigado, para las personas físicas, con una pena de prisión de no más de cinco años o multa de no más de 100.000 dólares, o ambas, y para las personas jurídicas con una pena de multa de no más de 500.000 dólares<sup>1647</sup>.

Los elementos de esta infracción penal son, en síntesis, los siguientes:

a) *An attempt to evade the assessment or payment of a tax.*

El delito exige, en primer lugar, la realización de un acto que implique un intento de evadir el cálculo o el pago de un impuesto, independientemente de que este resultado final se logre o no. Estamos pues ante una tentativa en la de que si finalmente se lograra la

---

<sup>1644</sup>Véase, Townsend, John A., *Federal Tax Crimes*, 2013, p. 157. También, Szott, Moohr, Geraldine, «Introduction: Tax Evasion as White Collar Fraud», 9 *Hous. Bus. & Tax L.J.* 208 (2009), p. 212.

<sup>1645</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., p. 475. También, Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar Crime...*, cit., p. 175-176.

<sup>1646</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., p. 475.

<sup>1647</sup>Dice el texto legal: « Any person who willfully attempts in any manner to evade or defeat any tax imposed by this title or the payment thereof shall, in addition to other penalties provided by law, be guilty of a felony and, upon conviction thereof, shall be fined not more than \$100,000 (\$500,000 in the case of a corporation), or imprisoned not more than 5 years, or both, together with the costs of prosecution».

consumación, ésta no añadirá nada ni al delito en sí ni a la pena<sup>1648</sup>. En cualquier caso, para ser punible, exigirá la existencia de un *affirmative act*, esto es, la realización por su autor de una acción, cualquiera que sea su naturaleza, con esa intención de evadir el cálculo o el pago del impuesto correspondiente. Las meras omisiones, como podría ser por ejemplo, el no realizar una declaración tributaria, por regla general, no son subsumibles en esta infracción penal<sup>1649</sup>. Sí lo serían sin embargo, entre otras, acciones tales como llevar una doble contabilidad, realizar anotaciones en ella que falten a la verdad, la destrucción de libros contables o documentos o la ocultación de ganancias o de cualquier fuente de ingresos<sup>1650</sup>. También se ha considerado delictiva la realización reiterada de declaraciones falsas a los agentes de *IRS* o dar instrucciones a los empleados para que no hablen con ellos<sup>1651</sup>.

Todo estos comportamientos deben pretender, como prevé expresamente la norma, evadir el cálculo mismo del impuesto, lo que ocurrirá normalmente mediante acciones destinadas a ocultar la existencia del hecho imponible del que deriva la deuda tributaria o bien su pago, una vez que el impuesto haya sido liquidado<sup>1652</sup>.

---

<sup>1648</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 3, p. 38, y p. p. 19-20 del *2012-13 Cumulative Supplement*. También, Townsend, John A., *Federal Tax...* cit., p. p. 31-41. En este sentido, véase la sentencia del Tribunal Supremo Federal en el caso *Spies v. United States*, 317 U.S. 492 (1943). Dice esta resolución: «this is an independent crime, complete in its most serious form when the attempt is complete and nothing is added to its criminality by success or consummation, as would be the case, say, of attempted murder. Although the attempt succeed in evading tax, there is no criminal offense of that kind, and the prosecution can be only for the attempt. We think that in employing the terminology of attempt to embrace the gravest of offenses against the revenues Congress intended some willful commission in addition to the willful omissions that make up the list of misdemeanors».

<sup>1649</sup>Véase, la sección 8.06 del *2012 Criminal Tax Manual*. En el mismo sentido, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 3, p. 36. También, Murphy, Ann y otros, *Federal Tax Practice and Procedure*, cit., §18.01 (versión electrónica); Strader, Kelly J., *Understanding White Collar...*, cit., p. p. 263-264.

<sup>1650</sup>Véase la sección 8.06 [1] del *2012 Criminal Tax Manual*, citando a su vez la sentencia del Tribunal Supremo Federal del caso *Spies v. United States* 317 U.S. 492 (1943). Declaró el Tribunal en esta resolución: «Congress did not define or limit the methods by which a willful attempt to defeat and evade might be accomplished and perhaps did not define lest its effort to do so result in some unexpected limitation. Nor would we by definition constrict the scope of the Congressional provision that it may be accomplished "in any manner." By way of illustration, and not by way of limitation, we would think affirmative willful attempt may be inferred from conduct such as keeping a double set of books, making false entries or alterations, or false invoices of documents, destruction of books or records, concealment of assets or covering up sources of income, handling of one's affairs to avoid making the records usual in transactions of the kind, and any conduct, the likely effect of which would be to mislead or to conceal. If the tax-evasion motive plays any part in such conduct the offense may be made out even though the conduct may also serve other purposes such as concealment of other crime». Véase también, Murphy Ann y otros, *Federal Tax Practice and Procedure*, cit., §18.01 (versión electrónica).

<sup>1651</sup>Véase, la sección 8.06 [1] del *2012 Criminal Tax Manual*.

<sup>1652</sup>Véase, la sección 8.01 del *2012 Criminal Tax Manual*, con cita de distintos casos que, examinados por los Tribunales, fueron subsumidos en uno y otro supuesto. Es claro que en ocasiones la distinción entre uno y otro supuesto será cuando menos difusa. En este sentido se pronuncia John A. Townsend para quien, como ha destacado algún Tribunal, «a evasion of assessment per se is an evasion of payment so that every evasion of assessment has an aspect of failure to pay». Véase, Townsend, John A., *Federal Tax ...* cit., p. 29.

En este punto conviene precisar que lo que caracteriza a efectos penales la evasión de impuestos, y la diferencia de una mera reducción de estos por medio lícitos, es la utilización, con la finalidad citada, de algún mecanismo engañoso o de ocultación. Se trataría, en palabras del *IRS Manual*, del intento de «colorear u oscurecer hechos para hacer que las cosas parezcan algo distinto de lo que son»<sup>1653</sup>.

b) *A tax deficiency.*

El segundo elemento esencial del delito que estamos examinando es evidentemente la existencia de una *tax deficiency*, esto es, que efectivamente, a través de algunas de las conductas descritas, se haya tratado de privar a la Hacienda Pública de una cantidad que le era debida.

Dos consideraciones han de hacerse al respecto.

La primera, que no existe un límite cuantitativo, como ocurre en nuestro Derecho, que marque la frontera entre la infracción meramente administrativa o civil y la penal. Lo que sí se viene exigiendo por los Tribunales de apelación, con alguna excepción como los pertenecientes al Séptimo y al Noveno circuito, es que la cantidad defraudada sea *substantial*, esto es, significativa<sup>1654</sup>. Pero en cualquier caso, lo que no es exigible a la Fiscalía, es que acredite el importe exacto de la cantidad defraudada<sup>1655</sup>.

---

<sup>1653</sup>«To color or obscure events or to make things seem other than they are». Dice al respecto la sección 9.1.3.3.2.1 del *IRS Manual*: «Avoidance of taxes is not a criminal offense. Any attempt to reduce, avoid, minimize, or alleviate taxes by legitimate means is permissible. The distinction between avoidance and evasion is fine, yet definite. One who avoids tax does not conceal or misrepresent. He/she shapes events to reduce or eliminate tax liability and, upon the happening of the events, makes a complete disclosure. Evasion, on the other hand, involves deceit, subterfuge, camouflage, concealment, some attempt to color or obscure events or to make things seem other than they are. For example, the creation of a bona fide partnership to reduce the tax liability of a business by dividing the income among several individual partners is tax avoidance. However, the facts of a particular investigation may show that an alleged partnership was not, in fact, established and that one or more of the alleged partners secretly returned his/her share of the profits to the real owner of the business, who, in turn, did not report this income. This would be an instance of attempted evasion».

<sup>1654</sup>Véase la sección 8.07 [3] del *2012 Criminal Tax Manual*, cit., p. p. 15-17.

La Fiscalía, aunque recoge la existencia de la discrepancia jurisprudencial a la que hemos aludido, parece sostener que sí ha de exigirse que la cantidad defraudada sea importante o significativa. No obstante, cita algunas sentencias en las que se apreció la existencia de delito, cuando la cantidad defraudada ascendía a poco más de 2.000 dólares.

En la misma línea que la Fiscalía, se sitúa el *IRS Manual*, en su sección 9.1.3.3.2.2.1, aunque el texto aclara que, en cualquier caso, estamos ante un calificativo relativo. Cabe indicar asimismo respecto a este extremo que si se sigue la tesis de exigir que la *tax deficiency* tenga que ser significativa o importante, la decisión sobre este extremo corresponderá en todo caso al Jurado. El Tribunal Supremo, por su parte, en la sentencia dictada en *Boulevard v. United States*, 552 U.S. 421 (2008), aunque menciona el hecho de que la doctrina de los Tribunales de apelación sobre este aspecto no es unánime, deja no obstante la cuestión sin resolver.

La segunda, es que el autor del hecho puede no ser el sujeto pasivo del impuesto, de manera que es posible ser condenado en aquella condición por intentar evadir los impuestos debidos por un tercero<sup>1656</sup>, incluido, como luego veremos con más detalle, los de una persona jurídica.

c) *Willfully attempt*.

El intento de evadir el cálculo o el pago del impuesto debe realizarse en todo caso *willfully*.

En este contexto, este término ha sido entendido en el sentido de que debe existir una vulneración consciente de un deber legal conocido<sup>1657</sup>. Siendo así, el acusado podrá alegar para

---

Los autores, como es el caso de Brickey, insistiendo que la *substantiality of the amount of the tax* es una cuestión de hecho que debe determinar el Jurado, se inclina por exigir su presencia como elemento del delito. Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 3, p. 44. En la misma línea, Murphy, Ann y otros, *Federal Tax Practice and Procedure*, cit., §18.01 (versión electrónica) poniendo de manifiesto que esta exigencia está relacionada con la necesidad de probar el elemento subjetivo –*willfulness*– porque solo acreditando que la deficiencia es importante puede la acusación descartar que se debió a mero descuido o falta de atención. En cualquier caso, ponen de manifiesto estos autores la existencia de pronunciamientos jurisprudenciales diversos sobre este extremo. Por último, cabe indicar que, entre los Tribunales que se muestran favorables a que la cantidad defraudada sea sustancial, no existe unanimidad sobre si la *substantiality* debe predicarse efectivamente de la cantidad defraudada o, por el contrario, de la que se ha ocultado. Tampoco sobre si este concepto ha de ser establecido en términos absolutos o relativos, valorando en este último caso su relación con la cantidad defraudada.

<sup>1655</sup>Véase, *U.S. v. Johnson*, 319 U.S. 503 (1943). En esta misma línea, véanse las secciones 8.04 y 8.07 del *2012 Criminal Tax Manual*. También Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 3, p. 44 y p. p. 24-25 del *2012-13 Cumulative Supplement*. Al no ser necesario acreditar qué cantidad exacta se ha defraudado, este dato puede no incluirse en el escrito de acusación. De hecho el *Criminal Tax Manual* aconseja su no inclusión porque, normalmente, se afirma, dicha cifra no coincide con la que finalmente puede resultar de la prueba practicada en el juicio lo que, entre otros efectos, puede provocar confusión en el Jurado. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que si dicha cifra no se incluye en el escrito de acusación, la defensa puede solicitar el denominado *bill of particulars*, esto es, puede presentar ante el Tribunal un mocion para que la Fiscalía concrete este extremo si su falta de consignación vulnera su derecho de defensa.

<sup>1656</sup>Véase, la sección 8.07 [1] del *2012 Criminal Tax Manual*, citando las sentencias dictadas en *United States v. Wilson*, 118 F.3d 228 (4th Cir. 1997) y *United States v. Townsend*, 31 F.3d 262 (5th Cir. 1994).

<sup>1657</sup>*United States v. Pomponio*, 429 U.S. 10 (1976), citando a su vez la sentencia dictada en el caso *United States v. Bishop*, 412 U.S. 346 (1973). Dice en la primera de ambas resoluciones el Alto Tribunal: «In *Bishop* we held that the term "willfully" has the same meaning in the misdemeanor and felony sections of the Revenue Code, and that it requires more than a showing of careless disregard for the truth. We did not, however, hold that the term requires proof of any motive other than an intentional violation of a known legal duty. We explained the meaning of willfulness in 7206 and related statutes: "The Court, in fact, has recognized that the word 'willfully' in these statutes generally connotes a voluntary, intentional violation of a known legal duty. It has formulated the requirement of willfulness as 'bad faith or evil intent,' [*United States v.*] *Murdock*, 290 U.S. [389,] 398, or 'evil motive and want of justification in view of all the financial circumstances of the tax-payer,' *Spies v. United States*, 317 U.S. [492,] 498, or knowledge that the taxpayer 'should have reported more income than he did.' *Sansone v. United States*, 380 U.S. [343,] 353. See *James v. United States*, 366 U.S. 213, 221 (1961); *McCarthy v. United States*, 394 U.S. 459, 471 (1969)." 412 U.S., at 360. Our references to other formulations of the standard did not modify the standard set forth in the first sentence of the quoted paragraph. On the contrary, as the other Courts of Appeals that have considered the question have recognized, willfulness in this context simply means a voluntary, intentional violation of a known legal duty. *United States v. Pohlman*, [429 U.S. 10, 13] 522 F.2d 974, 977 (CA8 1975) (en banc), cert. denied, 423 U.S. 1049 (1976); *United States v. McCorkle*, 511 F.2d 482, 484-485 (CA7) (en banc), cert. denied, 423

eximirse de responsabilidad que, si existió un «error» en sus declaraciones tributarias, no fue debido a un intento consciente de eludir sus obligaciones fiscales, sino a una «equivocación» sobre el Derecho aplicable<sup>1658</sup>.

Estamos, según declara el Tribunal Federal, en *Cheek v. United States*<sup>1659</sup>, ante una excepción a la regla general de que la ignorancia del Derecho no exime de su cumplimiento, y que deriva de la especial complejidad del Derecho Tributario. La existencia de esa posible «equivocación», según la doctrina establecida por el Tribunal Supremo Federal en esta resolución<sup>1660</sup>, no solo deberá valorarse objetivamente, teniendo en cuenta el conocimiento razonable que sobre la norma pudiera tener cualquier hombre medio, sino también subjetivamente, atendiendo a las circunstancias concretas del sujeto que lo alega<sup>1661</sup>. De otra manera, se sustraería al conocimiento del Jurado un elemento fáctico, convirtiéndolo en uno meramente normativo.

Ahora bien, el desconocimiento de la norma no debe ser confundido con el mero desacuerdo con la misma<sup>1662</sup>. En este sentido, como también proclamó el Tribunal Supremo en *Cheek v. United States*<sup>1663</sup>, la mera creencia de que una determinada ley tributaria es inconstitucional o vulnera derechos fundamentales no es suficiente para eximir de responsabilidad penal al autor del delito, porque precisamente esta creencia implica el conocimiento de la existencia del deber<sup>1664</sup>.

---

U.S. 826 (1975); *United States v. Greenlee*, 517 F.2d 899, 904 (CA3), cert. denied, 423 U.S. 985 (1975); *United States v. Hawk*, 497 F.2d 365, 366-369 (CA9), cert. denied, 419 U.S. 838 (1974)».

<sup>1658</sup>Bucy, Pamela H., «Criminal Tax Fraud: The Downfall of Murderers, Madams and Thieves», 29 *Ariz. St. L.J.* 639 (1997), cit., p. 659; también, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 3, p. 9, y y p. p. 6-8 del 2012-13 *Cumulative Supplement*.

<sup>1659</sup>*Cheek v. United States*, 498 U.S. 192 (1991).

<sup>1660</sup>*Cheek v. United States*, 498 U.S. 192 (1991).

<sup>1661</sup>Véase también, Arkin, Stanley S., *Business Crime. Criminal Liability of the Business Community Business Crime*, cit., § 27.02 (versión electrónica).

<sup>1662</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 3, p. 13.

<sup>1663</sup>*Cheek v. United States*, 498 U.S. 192 (1991).

<sup>1664</sup>Véase, *Cheek v. United States*, 498 U.S. 192 (1991). Declara el Tribunal en esta resolución: «Claims that some of the provisions of the tax code are unconstitutional are submissions of a different order. They do not arise from innocent mistakes caused by the complexity of the Internal Revenue Code. Rather, they reveal full knowledge of the provisions at issue and a studied conclusion, however wrong, that those provisions are invalid and unenforceable».

Lo que sí es posible es que una norma tributaria sea tan vaga o su interpretación tan altamente controvertida, con, por ejemplo, decisiones distintas en su aplicación por distintos órganos federales, que sea difícil, si no imposible, concluir que el sujeto actuó *willfully*<sup>1665</sup>.

De la misma manera, el sujeto podrá quedar exento de responsabilidad penal si prueba que se amparó de buena fe en el consejo de un profesional. Para ello será necesario que hubiera facilitado al mismo toda la información. Porque si no fue así o facilitó intencionadamente información errónea, estos comportamientos podrán servir, por el contrario, como indicios de la existencia del *state of mind* exigido por el delito<sup>1666</sup>.

Asimismo debe tenerse en cuenta que podrá concluirse que el acusado actuó *willfully* si deliberadamente evitó adquirir el conocimiento del Derecho. Por tanto, como vimos con respecto al *insider trading*, una *Willful Blindness Instruction* al jurado será conforme a Derecho<sup>1667</sup>.

### **3. False returns or documents**

#### **3.1. Tax perjury**

La sección 7206 (1) del *U.S. Code* castiga con una pena de prisión de no más de tres años o multa de 100.000 dólares (500.000 dólares si se trata de una persona jurídica), o ambas, a aquel que, en síntesis, confeccione o suscriba una declaración tributaria o cualquier otro documento destinado al *IRS* con conocimiento de su falsedad.

Castigar esta falta consciente a la verdad es la finalidad principal de la norma, con independencia de que cuáles sean sus consecuencias tributarias.

---

<sup>1665</sup> Tal fue el caso del supuesto de hecho examinado en *United States v. Critzer*, 498 F.2d 1160 (4th Cir. 1974), donde se discutía cómo debían tributar los ingresos obtenidos por el acusado por una participación en un negocio sito en una reserva india, cuestión que, como el propio Tribunal reconocía en su resolución, había obtenido respuestas distintas por distintos órganos federales. Véase, la sección 8.08 [2] del *2012 Criminal Tax Manual*; también, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 3, p. p. 24-34 y p. 16 del *2012-13 Cumulative Supplement*; y Townsend, John A., *Federal Tax...*, cit., p. p. 70-79.

<sup>1666</sup> Véase, Bucy, Pamela H., «Criminal Tax Fraud: The Downfall...», cit., p. p. 660- 662; también, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 3, p. p. 9-10, y p. 8 del *2012-13 Cumulative Supplement*; Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit., p. p. 497-500. Asimismo, Arkin, Stanley S., *Business Crime. Criminal Liability of the Business Community Business Crime*, cit., § 27.02 (versión electrónica). Para una enumeración de distintos casos en los que se consideró efectivamente que el sujeto había actuado *willfully*, véase la sección 8. 08 [3] del *2012 Criminal Tax Manual*.

<sup>1667</sup> Véase, la sección 8.08 [4] del *2012 Criminal Tax Manual*, que contiene una exhaustiva cita de jurisprudencia sobre este extremo.

Efectivamente, esta infracción penal no exige que la falsedad se traduzca en una concreta *tax deficiency*, aunque lógicamente en la mayoría de los casos, así ocurrirá. Tampoco exige que con la misma se persiga evadir o eludir un impuesto concreto o defraudar a la Hacienda Pública. Basta con que se realice o firme una declaración tributaria u otro documento dirigido al *IRS*, con conocimiento de la falsedad de los datos consignados en ella<sup>1668</sup>.

Sus elementos son los siguientes:

a) *Any return, statement, or other document signed under penalties of perjury.*

La falsedad, con las características a las que luego aludiremos, puede cometerse no solo en una declaración tributaria propiamente dicha, sino en otra declaración o documento dirigido al *IRS*, cuando estos hayan sido realizados «*under penalties of perjury*».

Esta última expresión es una reminiscencia histórica derivada de los tiempos en los que las declaraciones dirigidas al *IRS* se realizaban bajo juramento, algo que desapareció en el año 1947; y con ella no se pretende equiparar esta infracción penal al delito de perjurio, exigiendo para su comisión los mismos requisitos que para la comisión de este último, sino limitar qué tipo de documentos o declaraciones están incluidas en la norma<sup>1669</sup>.

---

<sup>1668</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 3, p. p. 64-65, y p. p. 37-38 del 2012-13 *Cumulative Supplement*; Bucy, Pamela H., «Criminal Tax Fraud: The Downfall...», cit., p. 648. En el mismo sentido, la sección 12.01 del 2012 *Criminal Tax Manual* y la sección 9.1.3.3.7.1 del *IRS Manual*.

<sup>1669</sup>Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 3, p. p. 65-66. El delito de perjurio castiga a aquel que falte a la verdad en una declaración prestada bajo juramento, entre otros, ante un Tribunal, un Gran Jurado, un comité del Congreso o un departamento o agencia gubernamental. Sobre la exigencia de que el documento presentado ante el *IRS* sea firmado «bajo pena de perjurio», véase asimismo la sentencia del Tribunal del Segundo Circuito en *Escobar v. United States*, 388 F. 2d 661 (2nd. Cir. 1967), que declaró sobre esta previsión legal lo siguiente: «The statute does *not* say that one who willfully makes a false return "shall be guilty of perjury." In fact, it contains no language indicating that the crime of perjury is involved at all. The language "made under the penalties of perjury" is of purely historical significance.<sup>6</sup> The phrase remains in the present statute as a "catch phrase" or "signpost" to indicate what types of documents are covered by the statute. Without this phrase any document would come within the purview of the statute and it would be identical (except for penalty) to 26 U.S.C.A. § 7207, which is a misdemeanor statute. When viewed in this light it is understandable that Congress left the phrase in the statute and that the Internal Revenue Service left the statement in its return forms after the statute requiring the returns to be sworn to was repealed.<sup>7</sup> The phrase, outdated though it was, remained to provide an easily discernible limit to the application of § 7206(1) and its predecessors. It relieved Congress from having to substitute some new phrase. That it serves no other purpose is evidenced by the fact that perjury requires an oath, *Smith v. United States*, 5 Cir. 1966, 363 F.2d 143, 144, and no oath is required in an income tax return. Furthermore, in spite of the "penalties for perjury" language, Congress went on to provide another and much lighter penalty for the offense proscribed by § 7206(1), (3 years) than that provided for perjury under 18 U.S.C.A. § 1621 (5 years)».



No se ha logrado al respecto excesiva claridad. Así, no hay duda que están comprendidos en la norma aquellos documentos que el contribuyente está legalmente obligado a presentar o realizar ante el *IRS*, porque en ellos, y porque así lo establece la normativa tributaria, el contribuyente tiene la obligación de ser veraz<sup>1670</sup>. Por tanto, si se comete en ellos una falsedad con las características que analizaremos a continuación, su autor podrá ser condenado conforme a esta sección 7206 (1) del *U.S. Code*. Pero cuando no estemos ante este supuesto, la cuestión es más controvertida, optando los Tribunales de apelación, según los casos, por interpretaciones más o menos amplias a la hora de decidir si un documento o declaración determinada, presentada o realizada ante el *IRS*, está o no comprendida en la norma penal<sup>1671</sup>.

b) *The inclusion in the document of information that was false as to a material matter.*

La falsedad debe ser material, en el sentido de que debe afectar a un extremo del documento que influya o en la liquidación del impuesto o, como también han declarado algunos Tribunales<sup>1672</sup>, en el ejercicio por parte del *IRS* de las funciones decisorias que tiene encomendadas por la Ley<sup>1673</sup>.

De esta manera, lo esencial es esa falta consciente a la verdad, la cual afecta a la función que el documento o la declaración está llamada a cumplir ante el *IRS*. Se puede cometer este delito aún cuando propiamente no se defraude cantidad alguna o, incluso, se haya pagado en exceso o se tenga derecho a la correspondiente devolución<sup>1674</sup>.

---

<sup>1670</sup>De conformidad con la sección § 6065, también del título 26 del *U.S. Code*: «Except as otherwise provided by the Secretary, any return, declaration, statement, or other document required to be made under any provision of the internal revenue laws or regulations shall contain or be verified by a written declaration that it is made under the penalties of perjury».

<sup>1671</sup>Véase, la sección 12.06 del *2012 Criminal Tax Manual*, con cita de numerosa jurisprudencia en la que se examinan supuestos concretos. También, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 3, p. p. 68-70; y Bucy, Pamela H., «Criminal Tax Fraud: The Downfall...», cit., p. 648.

<sup>1672</sup>*United States v. Griffin*, 524 F. 3d 71 (1st Cir. 2008).

<sup>1673</sup>En este sentido ha declarado el Tribunal Supremo Federal en *Neder v. United States*, 527 U.S. 1 (1999): «In general, a false statement is material if it has "a natural tendency to influence, or [is] capable of influencing, the decision of the decision-making body to which it was addressed." *United States v. Gaudin*, 515 U. S., at 509 (quoting *Kungys v. United States*, 485 U.S. 759, 770 (1988) (internal quotation marks omitted)). In a prosecution under § 7206(1), several courts have determined that "any failure to report income is material." *United States v. Holland*, 880 F.2d 1091, 1096 (CA9 1989); see 136 F. 3d, at 1465 (collecting cases)». En la misma línea, véase, la sección 12.10 del *2012 Criminal Tax Manual*. De la misma manera, de conformidad con el *IRS Manual* (sección 9.1.3.3.7.1), la falsedad será material cuando afecte al cálculo del tributo o pueda influir en la capacidad del *IRS* de auditar o verificar la exactitud de la declaración, aunque finalmente dicha afectación no se produzca.

<sup>1674</sup>Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 3, p. p. 73 y p. p. 41-44 del *2012-13 Cumulative Supplement*.

De conformidad con las indicaciones del *IRS Manual* (sección 9.1.3.3.7.1) la acusación por este delito será la más conveniente cuando se pueda acreditar la falsedad, pero sea difícil probar sin embargo que se ha defraudado alguna cantidad, o cuando la misma sea de poca importancia en proporción a la totalidad de la debida.

La materialidad de la falsedad, de conformidad con la doctrina establecida por el Tribunal Supremo Federal en *United States v. Gaudin*<sup>1675</sup> y en *Neder v. United States*<sup>1676</sup>, es también una cuestión de hecho que debe ser apreciada por el Jurado.

Antes del dictado de estas resoluciones, la materialidad de la falsedad era una cuestión de Derecho que correspondía valorar al Juez<sup>1677</sup>, y la mayoría de los Tribunales entendían este elemento de una forma muy amplia, hasta el punto de que algunos consideraban que toda falta a la verdad reunía esta condición, aun cuando no tuviera efectos sobre la *tax deficiency*<sup>1678</sup>. Cuando este elemento pasó a ser una cuestión a decidir por los Jurados, los márgenes se estrecharon. De ordinario, los jurados no suelen declarar su existencia si la falsedad no afecta de manera importante a la cantidad defraudada<sup>1679</sup>.

Cabe indicar, por otro lado, que algunos Tribunales han admitido que la falsedad consista en una omisión<sup>1680</sup>. En *Siravo v. United States*<sup>1681</sup>, el Tribunal confirmó la condena de un contribuyente que había declarado correctamente una parte de sus ingresos pero que, sin embargo, había omitido otra que recibía de una segunda actividad.

c) *The defendant must not believe the return, statement, or other document to be true and correct as to every material matter.*

La falsedad debe realizarse con conocimiento de que efectivamente se está faltando a la verdad. Debe realizarse, en definitiva, *willfully*.

En este sentido debe tenerse en cuenta que aunque el hecho mismo de que el contribuyente haya firmado la declaración tributaria no implica necesariamente que conociera su falsedad, esta constancia, valorada junto con el resto de las circunstancias concurrentes, puede ser un indicio muy importante al respecto<sup>1682</sup>.

---

<sup>1675</sup>*United States v. Gaudin*, 515 U.S. 506 (1995).

<sup>1676</sup>*Neder v. United States*, 527 U.S. 1, 8 (1999).

<sup>1677</sup>Murphy, Ann y otros, *Federal Tax Practice and Procedure*, cit., §18.01 (versión electrónica).

<sup>1678</sup>Murphy, Ann y otros, *Federal Tax Practice and Procedure*, cit., §18.01 (versión electrónica).

<sup>1679</sup>Murphy, Ann y otros, *Federal Tax Practice and Procedure*, cit., §18.01 (versión electrónica).

<sup>1680</sup>Strader, Kelly J., *Understanding White Collar...*, cit., p. p. 266-267.

<sup>1681</sup>*Siravo v. United States*, 377 F. 2d 469 (1st Cir. 1967).

<sup>1682</sup>Véase la sección 12.11 [2] del 2012 *Criminal Tax Manual* con cita de sentencias que se han pronunciado al respecto.

### 3.2. La Sección 7207

Cuando la falsedad descrita en el apartado anterior se realice en un documento o declaración *-list, return, account, statement, or other document-* que no esté incluido en la categoría de aquellos firmados o realizados «under penalti of perjury», la conducta también será constitutiva de delito. Así lo dispone la sección 7207 del título del *U.S. Code* que, de esta forma, completa las previsiones de la anterior<sup>1683</sup>.

Estamos ante un tipo residual, pensado fundamentalmente para supuestos en los que, en marcha una inspección por parte del *IRS*, el investigado presente al funcionario correspondiente cualquier tipo de documento alterado<sup>1684</sup>.

### 3.3. *Aid or Assistance in Preparation or Presentation of False or Fraudulent Return, Affidavit, Claim or Other*

En el apartado segundo de la sección 7206 del título 26 del *U.S. Code* se castiga a aquel que auxilie, ayude, aconseje o asesore en la preparación o presentación, en conexión con las normas tributarias, de cualquier declaración o documento *-return, affidavit, claim, or other document-* que sea fraudulento o falso; y ello independientemente de que la persona en cuyo nombre se presenta conozca o consienta dicha falsedad<sup>1685</sup>.

---

<sup>1683</sup>Dice esta norma: «Any person who willfully delivers or discloses to the Secretary any list, return, account, statement, or other document, known by him to be fraudulent or to be false as to any material matter, shall be fined not more than \$10,000 (\$50,000 in the case of a corporation), or imprisoned not more than 1 year, or both. Any person required pursuant to section 6047(b), section 6104(d), or subsection (i) or (j) of section 527 to furnish any information to the Secretary or any other person who willfully furnishes to the Secretary or such other person any information known by him to be fraudulent or to be false as to any material matter shall be fined not more than \$10,000 (\$50,000 in the case of a corporation), or imprisoned not more than 1 year, or both».

Véase la sección 9.1.3.3.8 del *IRS Manual*.

<sup>1684</sup>Véase la sección 9.1.3.3.8 del *IRS Manual*. En el mismo sentido, la sección 16.03 del 2012 *Criminal Tax Manual*. Este último desaprueba expresamente el uso de este tipo penal en todos aquellos supuestos en los que sea posible la aplicación del delito previsto en la sección 7206. Sólo en supuestos en los que el investigado haya colaborado activamente con la investigación, estemos ante una falsedad aislada, concurren otras circunstancias atenuantes o se haya confesado inmediatamente la infracción, se aconseja la subsunción de los hechos en esta infracción penal más leve.

<sup>1685</sup>De conformidad con esta norma, podrá ser castigado con una pena de multa de no más de 100.000 dólares (500.000 en el caso de una corporación), o un pena de prisión de no más de tres años, o con ambas, además de las costas de la acusación, cualquier persona que «willfully aids or assists in, or procures, counsels, or advises the preparation or presentation under, or in connection with any matter arising under, the internal revenue laws, of a return, affidavit, claim, or other document, which is fraudulent or is false as to any material matter, whether or not such falsity or fraud is with the knowledge or consent of the person authorized or required to present such return, affidavit, claim, or document».

Aunque la norma puede ser aplicada a cualquier persona que realice la acción descrita, la misma está dirigida claramente a los *tax preparers*, esto es, a aquellos que se dedican profesionalmente a elaborar las declaraciones tributarias de otros. Precisamente para su persecución penal, cuando estos promuevan el fraude fiscal de sus clientes, es para lo que la Fiscalía encuentra especialmente útil esta norma, cuya aplicación, por otro lado, podrá discurrir paralelamente al procedimiento civil destinado a obtener judicialmente el cese de su actividad<sup>1686</sup>.

La condena por esta infracción no exige, por otro lado, que el sujeto sea quien finalmente suscriba o presente las declaraciones o documentos. Basta que hubiera aconsejado o asesorado en la comisión de la falsedad<sup>1687</sup>.

Existe alguna discrepancia jurisprudencial sobre si el delito se comete aún cuando la declaración o documento en cuestión no llegue finalmente a presentarse ante el IRS<sup>1688</sup>.

Asimismo, como se deriva de la propia redacción del precepto, el delito tampoco exige que el obligado tributario tenga conocimiento de la falsedad. Si no la tuviera no le será imputable ningún delito; lo que no impedirá la responsabilidad del que le haya ayudado, asesorado o auxiliado, que en consecuencia, no participará en el delito cometido por otro, sino que cometerá un delito independiente.

---

<sup>1686</sup>Véase la sección 13.01 del 2012 *Criminal Tax Manual*. Para una cita de casos, véase, Murphy, Ann y otros, *Federal Tax Practice and Procedure*, cit., §18.01 (versión electrónica).

<sup>1687</sup>Véase, sección 13.05 [1] del 2012 *Criminal Tax Manual*. En el mismo sentido las disposiciones de la sección 9.1.3.3.7.2 del IRS *Manual*. Según este texto para la condena por esta infracción ni siquiera es preciso que se llegue a preparar y presentar la declaración o documento en cuestión. De manera que podrá aplicarse, por ejemplo, a los *corporate officers, tax preparer, tax shelter promoters* o, en general, a cualquier persona que preste algún tipo de asesoramiento, conociendo que el mismo será utilizado en dicha preparación. Véase también, entre otras, la sentencia dictada por el Tribunal de Apelación del Tercer Circuito en *U.S. v. Smith*, 424 F.3d 992 (3rd. Cir. 2005). En esta resolución se declaró probado que dos de los acusados habían asesorado a varios de sus clientes en la constitución de determinadas entidades cuyo único propósito era transferirles todos sus ingresos y bienes, así como imputarles determinados gastos, para evadir impuestos. Este comportamiento fue subsumido, entre otros delitos, en el apartado segundo de la sección 7206. Esta subsunción fue contestada por los condenados en apelación alegando que ellos nunca elaboraron las declaraciones tributarias de estos clientes. El Tribunal rechazó esta alegación considerando que «the plain language of § 7206 (2) is satisfied by aid, assistance, procurement, counsel, or advice in the preparation or presentation of a false or fraudulent return—there need not be actual preparation of the return at issue. Unsurprisingly, we do not require defendants engaged in tax schemes to physically "prepare" the tax returns to be found guilty of § 7206(2). See, e.g., *United States v. Crum*, 529 F.2d 1380, 1382 (9th Cir.1976) ("[T]he reach of Section 7206(2) is clearly not limited to acts of tax return preparers[.]")».

En el mismo sentido, el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito en *U.S. v. Nealy*, 729 F.2d 961 (1984), para quien basta que una persona prepare un informe conociendo que será utilizado para dar cobertura a deducciones tributarias injustificadas para que pueda ser condenado con base en este artículo.

La sección 9.1.3.3.7.2 del 2012 *Criminal Tax Manual* cita otras muchas sentencias dictadas con base en esta norma.

<sup>1688</sup>Véase la sección 13.05 [4] del 2012 *Criminal Tax Manual*. También la sección 9.1.3.3.7.2 del IRS *Manual*.

#### 4. La Sección 7203. El incumplimiento de determinadas obligaciones legales

Si, como ya hemos expuesto, solo el incumplimiento de la obligación de declarar no puede ser constitutivo de un delito de evasión fiscal, esta conducta sí puede ser subsumida en la sección 7203 del *U.S. Code*.

Efectivamente, esta norma castiga como delito el mero incumplimiento de determinadas obligaciones legales, entre ellas la indicada, siempre que dicho incumplimiento se realice con conocimiento de la existencia del deber legal que se infringe.

De esta forma podrá ser castigada con una pena de prisión no superior a un año, o una multa no superior a 25.000 dólares (o 100.000 si es una persona jurídica), o ambas, cualquier persona que: a) omita presentar una declaración tributaria en el plazo legal establecido; b) omita el pago de cualquier impuesto; c) no conserve los documentos y archivos a los que esté obligada; o d) no facilite la información que le sea requerida cuando esté legalmente obligada a ello<sup>1689</sup>.

Estamos en definitiva, ante el incumplimiento, sin más, de determinadas obligaciones legales. Si dicho incumplimiento va acompañado de cualquier otra acción destinada a evadir la liquidación o el pago del impuesto, la conducta sería entonces calificable como *tax evasion*<sup>1690</sup>.

---

<sup>1689</sup>Dice el texto legal: «Any person required under this title to pay any estimated tax or tax, or required by this title or by regulations made under authority thereof to make a return, keep any records, or supply any information, who willfully fails to pay such estimated tax or tax, make such return, keep such records, or supply such information, at the time or times required by law or regulations, shall, in addition to other penalties provided by law, be guilty of a misdemeanor and, upon conviction thereof, shall be fined not more than \$25,000 (\$100,000 in the case of a corporation), or imprisoned not more than 1 year, or both, together with the costs of prosecution. In the case of any person with respect to whom there is a failure to pay any estimated tax, this section shall not apply to such person with respect to such failure if there is no addition to tax under section 6654 or 6655 with respect to such failure. In the case of a willful violation of any provision of section 60501, the first sentence of this section shall be applied by substituting "felony" for "misdemeanor" and "5 years" for "1 year"».

<sup>1690</sup>Véase, *Sansone v. United States*, 380 U.S. 343 (1965). Dice en esta resolución el Alto Tribunal: «as has been held by this Court, the elements of 7201 are willfulness; the existence of a tax deficiency, *Lawn v. United States*, 355 U.S. 339, 361 ; *Spies v. United States*, supra, at 496; and an affirmative act constituting an evasion or attempted evasion of the tax, *Spies v. United States*, supra. In comparison, 7203 makes it a misdemeanor willfully to fail to perform a number of specified acts at the time required by law - the one here relevant being the failure to pay a tax when due. This misdemeanor requires only willfulness and the omission of the required act - here the payment of the tax when due. As recognized by this Court in *Spies v. United States*, supra, at 499, the difference between a mere willful failure to pay a tax (or perform other enumerated actions) when due under 7203 and a willful attempt to evade or defeat taxes under 7201 is that the latter felony involves "some willful commission in addition to the willful omissions that make up the list of misdemeanors." Where there is, in a 7201 prosecution, a disputed issue of fact as to the existence of the requisite affirmative commission in addition to the 7203 omission, a defendant would, of course, be entitled to a lesser-included offense charge based on 7203».

## 5. Attempts to Interfere with Administration of Internal Revenue Laws

En la sección 7212 del título 26 del *U.S. Code* se castiga, con carácter general, cualquier intento de interferir en el cumplimiento de las normas tributarias y en el funcionamiento del *IRS*<sup>1691</sup>. En su primer apartado, se penan dos tipos de conductas: a) tratar de impedir a cualquier empleado federal el ejercicio de las funciones que le correspondan, de conformidad con el *Internal Revenue Code*, sea corrompiéndole o coaccionándole de cualquier manera; y b) impedir, o tratar de impedir, de la misma manera, el debido cumplimiento –*due administration*– de las normas previstas en el mismo Código<sup>1692</sup>. En el segundo apartado, por su parte, algo más concreto, se castiga al que trate de recuperar por la fuerza cualquier propiedad decomisada por el *IRS*<sup>1693</sup>.

Históricamente la aplicación de esta infracción estaba limitada a los supuestos en los que se amenazara o se utilizara fuerza física contra los agentes del *IRS*<sup>1694</sup>. En 1980, sin embargo, la Fiscalía comenzó a subsumir en este delito conductas por las que los contribuyentes interferían de otras formas «no violentas» en la actuación de aquellos, a veces con éxito y otras no<sup>1695</sup>. En la actualidad los Tribunales no siempre coinciden a la hora de entender si una determinada conducta interfiere o no con la actuación del *IRS*. En un intento de frenar el uso extensivo de este delito, el Tribunal del Sexto Circuito, en *United States v. Kassouf*<sup>1696</sup>, declaró que debería ser entendido de forma análoga al delito de obstrucción a la justicia y, por tanto,

---

En el mismo sentido, la sección 10.02 del 2012 *Criminal Tax Manual*. Según este texto, de los delitos comprendidos en la sección 7203, el más común es el incumplimiento de la obligación de declarar. Tras él, el impago de un tributo. Las otras dos infracciones son poco frecuentes.

<sup>1691</sup>Dice el texto de la norma: «(a)Corrupt or forcible interference.-Whoever corruptly or by force or threats of force (including any threatening letter or communication) endeavors to intimidate or impede any officer or employee of the United States acting in an official capacity under this title, or in any other way corruptly or by force or threats of force (including any threatening letter or communication) obstructs or impedes, or endeavors to obstruct or impede, the due administration of this title, shall, upon conviction thereof, be fined not more than \$5,000, or imprisoned not more than 3 years, or both, except that if the offense is committed only by threats of force, the person convicted thereof shall be fined not more than \$3,000, or imprisoned not more than 1 year, or both. The term “threats of force”, as used in this subsection, means threats of bodily harm to the officer or employee of the United States or to a member of his family. (b)Forcible rescue of seized property.-Any person who forcibly rescues or causes to be rescued any property after it shall have been seized under this title, or shall attempt or endeavor so to do, shall, excepting in cases otherwise provided for, for every such offense, be fined not more than \$500, or not more than double the value of the property so rescued, whichever is the greater, or be imprisoned not more than 2 years».

<sup>1692</sup>Véase, sección 9.1.3.3.13 del *IRS Manual*. También sección 17 del 2012 *Criminal Tax Manual*.

<sup>1693</sup>Véase, sección 9.1.3.3.13 del *IRS Manual*.

<sup>1694</sup>Murphy, Ann y otros, *Federal Tax Practice and Procedure*, cit., §18.01 (versión electrónica).

<sup>1695</sup>Murphy, Ann y otros, *Federal Tax Practice and Procedure*, cit., §18.01 (versión electrónica).

<sup>1696</sup>*United States v. Kassouf*, 144 F3d 952 (6th Cir. 1998).

limitarse a los supuestos en los que existe una investigación en marcha por parte de los agentes del IRS<sup>1697</sup>.

## 6. Otras infracciones penales

Además de las indicadas, en el *Internal Revenue Code* se prevén otras infracciones penales, que someramente expuestas serían las siguientes:

Sección 7205.- Esta sección prevé una infracción penal raramente aplicada<sup>1698</sup> y prevista para un supuesto muy específico. Concretamente se castiga a aquellos empleados que conscientemente faciliten a sus empleadores información falsa, que pudiera afectar a las retenciones que están obligados a realizar sobre sus salarios<sup>1699</sup>.

Sección 7202.- Se castiga a aquellos que teniendo la obligación legal de recaudar, pagar por cuenta de otro o anticipar determinados impuestos, incumplan dicha obligación<sup>1700</sup>.

Sección 7204.- Se prevé en esta norma una infracción penal destinada a los empleadores. En ella se castiga la falsificación de ciertos certificados de retenciones que deben entregarse a los empleados o la no entrega de los mismos<sup>1701</sup>.

Sección 7209.- Castiga el uso no autorizado de sellos y otro material del IRS<sup>1702</sup>.

---

<sup>1697</sup>Murphy, Ann y otros, *Federal Tax Practice and Procedure*, cit., §18.01 (versión electrónica).

<sup>1698</sup>Véase sección 11.02 del 2012 *Criminal Tax Manual*.

<sup>1699</sup>Dice el texto de la norma: «Any individual required to supply information to his employer under section 3402 who willfully supplies false or fraudulent information, or who willfully fails to supply information thereunder which would require an increase in the tax to be withheld under section 3402, shall, in addition to any other penalty provided by law, upon conviction thereof, be fined not more than \$1,000, or imprisoned not more than 1 year, or both».

<sup>1700</sup>Dice el texto de la norma: « Any person required under this title to collect, account for, and pay over any tax imposed by this title who willfully fails to collect or truthfully account for and pay over such tax shall, in addition to other penalties provided by law, be guilty of a felony and, upon conviction thereof, shall be fined not more than \$10,000, or imprisoned not more than 5 years, or both, together with the costs of prosecution».

Véase, sección 9 (*Willful failure to collect or pay over tax*) del 2012 *Criminal Tax Manual*. También sección 9.1.3.3.3 del *IRS Manual*.

<sup>1701</sup>Dice el texto de la norma:« In lieu of any other penalty provided by law (except the penalty provided by section 6674) any person required under the provisions of section 6051 to furnish a statement who willfully furnishes a false or fraudulent statement or who willfully fails to furnish a statement in the manner, at the time, and showing the information required under section 6051, or regulations prescribed thereunder, shall, for each such offense, upon conviction thereof, be fined not more than \$1,000, or imprisoned not more than 1 year, or both». Véase, la sección 9.1.3.3.5 del *IRS Manual*.

<sup>1702</sup>Dice el texto de la norma: «Any person who buys, sells, offers for sale, uses, transfers, takes or gives in exchange, or pledges or gives in pledge, except as authorized in this title or in regulations made pursuant thereto, any stamp, coupon, ticket, book, or other device prescribed by the Secretary under this title for the collection or

Sección 7210.- También es delito, no acudir a una citación del *IRS*<sup>1703</sup>.

Sección 7211.- Esta norma castiga como delito realizar, a compradores y arrendatarios, determinadas declaraciones falsas relacionadas con los impuestos<sup>1704</sup>.

Sección 7215.- Se prevé en esta norma como delito el incumplimiento de cualquiera de las disposiciones establecidas en la sección 7512 (b), también del *Internal Revenue Code*, que exige a los empleadores, entre otros obligados, si fueran requeridos para ello, recaudar determinados impuestos y depositarlos en una cuenta bancaria especial a disposición del Estado<sup>1705</sup>.

### III. LAS PERSONAS JURÍDICAS COMO RESPONSABLES PENALES DE LOS DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA

#### 1. Consideraciones generales

Con la excepción, a nuestro entender, del delito previsto en la sección 7205 que, como dijimos, raramente se aplica<sup>1706</sup>, y donde el legislador, para describir a su posible sujeto activo,

---

payment of any tax imposed by this title, shall, upon conviction thereof, be fined not more than \$1,000, or imprisoned not more than 6 months, or both».

<sup>1703</sup>Dice el texto de la norma: «Any person who, being duly summoned to appear to testify, or to appear and produce books, accounts, records, memoranda, or other papers, as required under sections 6420(e)(2), 6421(g)(2), 6427(j)(2), 7602, 7603, and 7604(b), neglects to appear or to produce such books, accounts, records, memoranda, or other papers, shall, upon conviction thereof, be fined not more than \$1,000, or imprisoned not more than 1 year, or both, together with costs of prosecution.

<sup>1704</sup>Dice el texto de la norma: «Whoever in connection with the sale or lease, or offer for sale or lease, of any article, or for the purpose of making such sale or lease, makes any statement, written or oral—

(1) intended or calculated to lead any person to believe that any part of the price at which such article is sold or leased, or offered for sale or lease, consists of a tax imposed under the authority of the United States, or (2) ascribing a particular part of such price to a tax imposed under the authority of the United States, knowing that such statement is false or that the tax is not so great as the portion of such price ascribed to such tax, shall be guilty of a misdemeanor and, upon conviction thereof, shall be punished by a fine of not more than \$1,000, or by imprisonment for not more than 1 year, or both».

<sup>1705</sup>Dice el texto de la norma: «(a) Penalty. Any person who fails to comply with any provision of section 7512(b) shall, in addition to any other penalties provided by law, be guilty of a misdemeanor, and, upon conviction thereof, shall be fined not more than \$5,000, or imprisoned not more than one year, or both, together with the costs of prosecution. (b) Exceptions.—This section shall not apply— (1) to any person, if such person shows that there was reasonable doubt as to (A) whether the law required collection of tax, or (B) who was required by law to collect tax, and (2) to any person, if such person shows that the failure to comply with the provisions of section 7512(b) was due to circumstances beyond his control. For purposes of paragraph (2), a lack of funds existing immediately after the payment of wages (whether or not created by the payment of such wages) shall not be considered to be circumstances beyond the control of a person». Véase la sección 18 del *2012 Criminal Tax Manual*.

<sup>1706</sup>Recordemos que en esta infracción se castiga a aquellos empleados que conscientemente faciliten a sus empleadores información falsa, que pudiera afectar a las retenciones que están obligados a realizar sobre sus salarios.



utiliza precisamente el término *individual* y no el de *person*, como hace en el resto de los casos, todos los demás delitos a los que hemos aludido pueden ser cometidos por las personas jurídicas.

En este sentido, la sección 7701 del Título 26 del *U.S. Code*, en la línea de otras muchas normas federales, prevé expresamente que, salvo que esté previsto de otra manera o sea incompatible con la finalidad de la norma, lo que no parece el caso de aquellas que prevén las infracciones penales examinadas, el término *person* incluirá «*an individual, a trust, estate, partnership, association, company or corporation*»; matizando asimismo que el término *partnership* incluirá «*a syndicate, group, pool, joint venture, or other unincorporated organization*», y el de *corporation*, a «*associations, joint-stock companies, and insurance companies*»<sup>1707</sup>.

Las dudas que pueden surgir para imputar estos delitos a las personas jurídicas, principalmente a la hora de atribuirles el correspondiente *state of mind*, son las mismas que el modelo de imputación vigente plantea para cualquier otro delito.

Así, si estamos ante un supuesto en el que la persona física que comete el hecho delictivo, por ser un mero empleado de la organización, no ejerce ninguna responsabilidad en la toma de decisiones en materia tributaria, solo la conclusión de que dicho empleado no actuó en el ejercicio de sus funciones o bien no lo hizo con la intención de beneficiar a la entidad, podría excluir, según los criterios generales de imputación vigentes, la responsabilidad de esta última.

En otro orden de cosas, la responsabilidad de la persona jurídica en estos delitos será, como siempre, independiente de la que pueda corresponder a las personas físicas implicadas. Concretamente, en el caso de los *tax crimes*, será independiente de la que pueda corresponder al representante o empleado al que, dentro de la organización, corresponda el cumplimiento del deber tributario de cuya infracción surja, en su caso, el delito. Efectivamente, de conformidad con la sección 7343 del título 26 del *U.S. Code*, cuando en el capítulo dedicado a las infracciones

---

<sup>1707</sup>Dice la norma: «Definitions.-(a) When used in this title, where not otherwise distinctly expressed or manifestly incompatible with the intent thereof— (1) Person. The term “person” shall be construed to mean and include an individual, a trust, estate, partnership, association, company or corporation. (2) Partnership and partner. The term “partnership” includes a syndicate, group, pool, joint venture, or other unincorporated organization, through or by means of which any business, financial operation, or venture is carried on, and which is not, within the meaning of this title, a trust or estate or a corporation; and the term “partner” includes a member in such a syndicate, group, pool, joint venture, or organization. (3) Corporation. The term “corporation” includes associations, joint-stock companies, and insurance companies».

penales se utilice el término *person*, este incluirá expresamente a los *officer* o empleados de la *corporation* o a los miembros o empleados de la *partnership* que, como tal, tengan la obligación de cumplir la obligación incumplida. Así, si, por ejemplo, el responsable de elaborar y presentar las declaraciones tributarias de una entidad concreta falsificara los datos consignados en ellas, como parte de un plan destinado a reducir fraudulentamente los ingresos de la entidad, para así eludir el pago de impuestos, él, como persona física y aunque no sea propiamente el obligado tributario, que sería la entidad, podría ser penalmente responsable, en concepto de autor, de un delito de evasión fiscal<sup>1708</sup>. De la misma manera, si lo que ocurriera fuera que la sociedad sencillamente no presenta las declaraciones tributarias a las que está obligada, la persona encargada dentro de su organigrama de esta presentación podría ser también penalmente responsable en concepto de autor de la infracción prevista en la sección 7203<sup>1709</sup>.

En cualquier caso debe resaltarse que la comisión de estas infracciones penales o de cualquiera otra exige, en este contexto, que se haya actuado *willfully*; de manera que, en el caso de que se pretenda exigir responsabilidad a los *corporate officer* o empleados, deberá acreditarse que actuaron con conocimiento de la infracción del deber correspondiente.

## **2. Corporate tax perjury**

Como hemos afirmado en el apartado anterior, las personas jurídicas pueden ser responsables de todos los delitos que hemos descrito, entre ellos, particularmente, el *tax perjury*.

Efectivamente, las dudas sobre esta posibilidad, relacionadas con el hecho de que tradicionalmente se había afirmado que las entidades no podían cometer perjurio porque no podían, como tales, prestar juramento, han sido despejadas por los Tribunales. Es el caso de la sentencia dictada por el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito en el caso *Ingredient Technology v. United States*<sup>1710</sup>.

---

<sup>1708</sup>Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability*..., cit., vol. 3, p. p. 54-55.

<sup>1709</sup>Véase, sección 10.4 del 2012 *Criminal Tax Manual*, con cita de las sentencias dictadas en los casos *United States v. Neal*, 93 F.3d 219 (6th Cir. 1996), o *Ryan v. United States*, 314 F.2d 306 (10th Cir. 1963). Ambas resoluciones, como también la dictada en el caso *Lumetta v. United States*, 362 F.2d 644 (8th Cir. 1966) ponen de manifiesto que, en determinados supuestos, fijar a quién corresponde la responsabilidad penal puede ser una cuestión controvertida. En todo caso, como hemos declarado en otras ocasiones, se trata de una cuestión fáctica que corresponde determinar al Jurado. En este sentido se pronuncia también el *IRS Manual*, en su sección 9.1.3.3.4.1.1, según el cual, cuando la investigación se centre en una persona jurídica puede ser difícil determinar quién es el responsable de presentar las correspondientes *corporate returns*. A estos efectos podrán valorarse indicios tales como quién lo hizo en el pasado o qué indican al respecto los estatutos de la entidad.

<sup>1710</sup>*Ingredient Technology v. United States*, 698 F. 2d 88 (2nd Cir. 1982), *cert. denied*, 462 U.S. 1131 (1983).

En el supuesto de hecho examinado en esta resolución, *Ingredient Technology Corporation*, conocida como *SuCrest Corporation*, y su antiguo presidente, habían sido condenados por conspirar para evadir impuestos y para defraudar a los Estados Unidos<sup>1711</sup>. Además, la primera había sido condenada, con base en la sección 7206 (1) del Título 26 del *U.S. Code*, por hacer constar datos falsos relativos a sus ingresos en sus declaraciones tributarias.

Ambos recurrieron sus respectivas condenas. Particularmente, la entidad acusada lo hizo alegando que no podía ser condenada por este último delito porque no podía cometerlo al no poder prestar juramento de decir verdad.

Dos son los argumentos que utilizó el Tribunal para rechazar esta alegación y confirmar la condena. El primero, la definición que del término *person* hace el legislador en este contexto, que incluye en él expresamente a las *corporations*. El segundo, que aunque estas no tienen un *state of mind* independiente, los actos de las personas que actúan en su nombre le pueden ser imputados<sup>1712</sup>. Este último argumento, dado el modelo de imputación vigente, basado en un modelo de responsabilidad por hecho de otro, resulta irrefutable. De hecho, como hicimos constar en su momento, la vigencia del modelo lo que dificulta es precisamente lo contrario, esto es, encontrar argumentos a favor de la exclusión de alguna infracción penal, porque, en teoría, cualquiera de ellas podría ser cometida en su nombre por uno de sus representantes o empleados.

Más complejo que el analizado en *Ingredient Technology v. United States*, es el supuesto de hecho examinado en la sentencia dictada en el caso *United States v. Shortt Accountancy Corp*<sup>1713</sup>, en la que también se confirma una condena de una persona jurídica por un delito de *tax perjury*.

La apelante, la entidad *Shortt Accountancy Corporation* (SAC), era una firma que prestaba servicios de consultoría y de asesoramiento fiscal. En el ejercicio de esta actividad, «aconsejó» a un cliente que, para obtener cierta deducción fiscal y no verse perjudicado por un cambio legislativo, debía hacer constar que una determinada operación había tenido lugar antes

---

<sup>1711</sup>A continuación examinaremos la relación entre esta figura delictiva, la *conspiración* y los delitos contra la Hacienda Pública.

<sup>1712</sup>«While a corporation has no independent state of mind, the acts of individuals on its behalf may be properly chargeable to it».

<sup>1713</sup>*United States v. Shortt Accountancy Corp.*, 785 F.2d 1448 (9th Cir. 1986).

de la fecha en la que realmente había sido realizada. Finalmente así se hizo<sup>1714</sup>, de manera que un empleado de la entidad completó las declaraciones tributarias del cliente, reclamando una deducción que no le correspondía. Este empleado, por otro lado, desconocía este hecho, basándose para realizar su actividad en la información que le había facilitado el responsable de la firma.

El jurado, en primera instancia, declaró a la entidad culpable de varios delitos comprendidos en la sección 7206 (1).

Recurrido en apelación el veredicto, la condena fue confirmada, rechazando el Tribunal de apelación todos los argumentos esgrimidos por la compañía. Entre estos, en primer lugar, la entidad alegó que, en su condición de *tax return preparer*, no le correspondía a ella propiamente, sino a su cliente, elaborar las correspondientes declaraciones tributarias, de manera que, como máximo, podía ser condenada con base en el apartado segundo de esta misma sección.

Para el Tribunal, sin embargo, nada en el texto del primer apartado de la sección 7206 indicaba que este delito solo pudiera ser cometido por aquel sobre el que recae la obligación legal de presentar la declaración tributaria correspondiente. Los dos apartados de la misma eran, en realidad, muy similares y estaban íntimamente relacionados, siendo el segundo de ellos más amplio, para poder castigar cualquier colaboración en la presentación de una declaración no ajustada a la verdad. Una y otra disposición pues, según el Tribunal, podían amparar la condena de una entidad como la apelante<sup>1715</sup>.

También sostuvo la entidad, que su condena debía ser revocada porque el empleado que había realizado seis de las siete declaraciones presentadas no había actuado *willfully*, al no conocer la inexactitud de los datos consignados. La persona que sí tenía conocimiento de la

---

<sup>1714</sup>El cliente colaboró con la Fiscalía y el IRS en la investigación de los hechos, a los que comunicó lo que había ocurrido.

<sup>1715</sup>Declara el Tribunal: «Nothing in the statute or case law indicates that a charge under section 7206(1) for making and subscribing a false return is based on the taxpayer's duty to file or "make" an income tax return. Instead, sections 7206(1) and 7206(2) are "closely related companion provisions" that differ in emphasis more than in substance. *United States v. Haynes*, 5 Cir., 1978, 573 F.2d 236, 240. Section 7206(1) is a perjury statute, making any person who knowingly makes and subscribes a false statement on any return criminally liable. *Id.*; 26 U.S.C. § 7206(1). Section 7206(2) has a broader sweep, making all forms of willful assistance in preparing a false return an offense. 26 U.S.C. § 7206(2). Perjury in connection with the preparation of a federal tax return is chargeable under either section. *Haynes*, 573 F.2d at 240; see *United States v. Miller*, 5 Cir., 1974, 491 F.2d 638, 649. The Fifth Circuit has considered the exact issue of whether a tax preparer can be charged under section 7206(1) rather than 7206(2) and held that he could. *Miller*, 5 Cir., 491 F.2d at 649; see *Haynes*, 573 F.2d at 240. We are persuaded to do the same».

falsedad de los datos era el responsable de la entidad, pero este conocimiento, según la apelante, era irrelevante porque él no era quien había realizado las declaraciones. Por tanto, no podía ser condenado por ello, ni atribuirse su *state of mind* a la entidad que, en consecuencia, tampoco podía ser condenada.

Este argumento fue calificado por el Tribunal como absolutamente irrelevante. Su aceptación hubiera implicado, según dicho órgano, que cualquiera de estas entidades pudiera utilizar «empleados inocentes» para eludir toda responsabilidad; lo que ni sería lógico, ni tendría ningún apoyo legal. De manera que la entidad será responsable si sus empleados deliberadamente realizan una declaración falsa o si deliberadamente dan lugar a que ello tenga lugar<sup>1716</sup>.

Estas conclusiones han conducido a la Fiscalía<sup>1717</sup> a afirmar que estamos ante un supuesto de aplicación de la doctrina del *collective knowledge* o *collective intent*<sup>1718</sup>.

No compartimos sin embargo esta afirmación.

Como dijimos en el apartado correspondiente de este trabajo, esta teoría, amparada fundamentalmente en la sentencia dictada en el caso *United States v. Bank of England N.A.*<sup>1719</sup>, permite declarar penalmente responsable a una persona jurídica por un determinado delito doloso, como sería el caso, aún cuando el conocimiento necesario para su comisión no concorra en una sola persona física de la organización, sino que esté «repartido» entre varios de ellos. Es decir, «se suma» el conocimiento de más de un individuo dentro de la organización para poder afirmar que esta tiene el conocimiento necesario para poder ser declarada autora del delito en

---

<sup>1716</sup>Declara el Tribunal: «SAC also claims that six of its convictions under section 7206(1) should be reversed because Paul Whatley, the corporate agent who actually subscribed six of the seven contested returns on behalf of SAC, did not have the requisite intent of willfully making and subscribing a false return. While it acknowledges that Ashida, who supplied Whatley with all of his information regarding the straddle losses, did have the requisite intent, it contends that his intent is irrelevant to a section 7206(1) charge because he did not physically subscribe the return. SAC concludes that if the government wanted to charge SAC for Ashida's admittedly illegal conduct and intent, it should have drawn up the indictment under section 7206(2) or some other statute, and not under section 7206(1).

SAC's argument is completely meritless. If it were accepted by the courts, any tax return preparer could escape prosecution for perjury by arranging for an innocent employee to complete the proscribed act of subscribing a false return. This interpretation of section 7206(1) defies logic and has no support in the case law. A corporation will be held liable under section 7206(1) when its agent deliberately causes it to make and subscribe to a false income tax return».

<sup>1717</sup>Véase, la sección 12.11 [3] del 2012 *Criminal Tax Manual*.

<sup>1718</sup>El propio Tribunal también parece entenderlo así, porque encabeza el apartado de su resolución en la que examina esta cuestión con el título *Collective intent in subscribing the return*.

<sup>1719</sup>*United States v. Bank of England, N.A.* 821 F.2d 844 (1st Cir.), *cert. denied*, 484 U.S. 843 (1987).

cuestión. De esta manera, la entidad puede ser condenada aun cuando ninguno de sus representantes o empleados sea «completamente» culpable de la infracción, porque no conocía todos sus elementos<sup>1720</sup>. Se pretende así evitar que las grandes compañías, cuyas estructuras están fragmentadas y divididas, puedan quedar impunes.

Pues bien, en el supuesto examinado, no se aplica propiamente, en nuestra opinión, esta doctrina porque, según lo expuesto, el Tribunal no «suma el conocimiento» de más de un empleado, para así colmar las exigencias del tipo subjetivo y atribuirlo a la entidad, lo que ya en sí, como expusimos en su momento, puede plantear dudas importantes; sino que considerando, en definitiva, que el empleado que realizó las declaraciones no fue más que «un instrumento» del responsable de la entidad, verdadero autor, atribuye a la organización el *state of mind* de este último, aún cuando el hecho en sí hubiera sido realizado íntegramente por el primero. De esta forma, no se atribuye a la entidad ningún *collective intent*, que se infiera del conjunto o de varios de sus empleados, sino el *intent* de un empleado concreto y determinado, aún cuando este utilizara a otro, a modo de autor mediano, para cometer el hecho.

En definitiva, se busca y se encuentra un camino para evitar la impunidad de la entidad, salvando los obstáculos que presentan los criterios de imputación vigentes, aunque el mismo no haga sino poner de manifiesto las incoherencias de un sistema que, en ocasiones, se muestra claramente insuficiente.

### **3. Corporations as Conspirators**

#### **3.1. Klein Conspiracies**

El título 26 del *U.S. Code* no contiene una norma que castigue expresamente la conspiración para cometer alguno de los delitos fiscales contemplados. Pero esta (*tax-related conspiracy*) podrá ser perseguida al amparo de la norma general contenida en la sección 371 del título 18 el *U.S. Code*<sup>1721</sup>.

---

<sup>1720</sup>Lipman H., Abigail, «Corporate Criminal...», cit., p. p. 368-369.

<sup>1721</sup>Sección 23.02 del 2012 *Criminal Tax Manual*.

Esta última disposición<sup>1722</sup> castiga dos tipos de conspiraciones: a) aquella dirigida a cometer *any offense against United States -offense clause-*, que incluiría la conspiración para vulnerar cualquier norma penal federal; y b) la conspiración para *to defraud the United States o its agencies -defraud clause-*<sup>1723</sup>.

La primera de ellas comprenderá, en el ámbito de los *tax crimes*, cualquier acuerdo para cometer alguna de las infracciones penales del título 26 del *U.S. Code*<sup>1724</sup>, y exigirá que se concrete cuál de dichas infracciones se pretendía cometer. La segunda, sin embargo, nos permite salvar esta necesidad de concreción.

Efectivamente, esta última forma de *conspiracy*, como dijimos en su momento, ha sido objeto de una interpretación extensiva por los Tribunales para convertir en delito, no sólo la conspiración para obtener dinero o ganancias a expensas del Gobierno, sino también aquella que pretenda interferir de cualquier otra manera en las funciones que a este corresponden<sup>1725</sup>, entre ellas, y por supuesto, las que correspondan al *IRS*<sup>1726</sup>.

De esta manera, podrá subsumirse en este tipo de conspiración todo acuerdo alcanzado para impedir u obstaculizar las funciones de este organismo en la liquidación y recaudación de los impuestos. Son las que se conocen como *Klein conspiracies*<sup>1727</sup>, denominación derivada de la sentencia dictada en el caso *United States v. Klein*<sup>1728</sup>, que confirmó una condena en este sentido.

---

<sup>1722</sup>Véanse las consideraciones realizadas al respecto en el capítulo de este trabajo dedicado a la responsabilidad por el delito de *conspiracy*.

<sup>1723</sup>Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar...*, cit. p. 67; Waters, Laura, «Federal Criminal...», cit., p. 746. También, Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar Crime...*, cit., p. 47.

<sup>1724</sup>Véase la sección 23.02 del *2012 Criminal Tax Manual*.

<sup>1725</sup>Emanuel, Steven L., *Criminal Law*, cit., p. 192. También Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar Crime...*, cit., p. p. 48-49.

<sup>1726</sup>En palabras del Tribunal en *United States v. Arch Trading Co.*, 987 F.2d (4th Cir. 1993): «to conspire to defraud the United States means to cheat the government out of property or money, but it also means to interfere with or obstruct one of its lawful functions by deceit, craft or trickery, or at least by means that are dishonest. It is not necessary that the government shall be subjected to property or pecuniary loss by the fraud, but only that its legitimate official actions and purpose shall be defeated by misrepresentation, chicane, or the overreaching of those charged with carrying out the governmental intention».

<sup>1727</sup>Véase, Sección 23.02 del *2012 Criminal Tax Manual*. También, Bucy, Pamela H., «Criminal Tax Fraud: The Downfall...», cit., p. 654.

<sup>1728</sup>*United States v. Klein*, 247 F.2d 908, 915 (2nd Cir. 1957).

Respecto a la posibilidad, por otro lado, de que las personas jurídicas puedan ser sujetos activos del delito de *conspiracy*, y con ello de estas últimas, conviene reiterar en este momento algunas consideraciones.

Una persona jurídica no puede conspirar con uno solo de sus representantes o empleados porque entonces no se respetaría el elemento de la pluralidad que exige este delito.

Tampoco, en realidad, puede conspirar con varios de ellos. Atendiendo al modelo de imputación vigente, cuando varios representantes o empleados de una persona jurídica conspiren entre ellos, los auténticos autores del delito de conspiración serán ellos mismos, sin perjuicio de que su responsabilidad sea después atribuida a la entidad con base en la teoría del *respondeat superior*. La entidad, en consecuencia, no sería propiamente uno de los *co-conspirators*. Ella «no conspira» propiamente con sus representantes o empleados, sino que es responsable porque estos han conspirado, que es distinto. Siendo así como debe entenderse esta cuestión, resulta inexacta, en nuestra opinión, la afirmación de que las personas jurídicas «pueden conspirar con sus representantes o empleados». Es incuestionable, no obstante, que los Tribunales utilizan esta expresión sin mayores dificultades, hagan o no hincapié en el hecho de que la responsabilidad de la entidad deriva realmente de sus empleados, que son los que conspiran. Porque, sea o no así, el asunto, hemos de reconocer, carece de cualquier relevancia práctica<sup>1729</sup>.

---

<sup>1729</sup>La sección 23.04 [2] [c].-*Corporations as Conspirators*- del 2012 *Criminal Tax Manual* afirma, tanto que las personas jurídicas pueden ser penalmente responsables del delito de *conspiracy* como que estas «pueden conspirar con sus empleados». Varias son las sentencias que se citan en apoyo de estas afirmaciones pero, examinadas las mismas, ninguna de ellas apoya, particularmente, su corrección. Algunas se apoyan claramente en los presupuestos de la doctrina del *respondeat superior*. Es el caso de la dictada en *United States v. Peters*, 732 F.2d 1004 (1st Cir. 1984), donde el Tribunal, entre otros precedentes, cita la sentencia dictada en el caso *United States v. Hartley*, 678 F.2d 961 (1982), y dice sobre la misma: «*Hartley* makes two important holdings in the field of intracorporate conspiracy. First, it holds that a group of conspirators cannot escape conspiracy responsibility merely because they all act on behalf of a corporation. Second, *Hartley* holds that liability for a conspiracy may be imputed to the corporation itself on a respondeat superior theory. The [corporate] fiction was never intended to prohibit the imposition of criminal liability by allowing a corporation or its agents to hide behind the identity of the other. We decline to expand the fiction only to limit corporate responsibility in the context of the criminal conspiracy now before us. ... In these situations, the action by an incorporated collection of individuals creates the 'group danger' at which conspiracy liability is aimed, and the view of the corporation as a single legal actor becomes a fiction without a purpose». Respecto a *United States v. Ams Sintering Co.*, 927 F.2d 232 (6th Cir. 1990), también citada por la fiscalía, en ella, el Tribunal se limita a afirmar que «in the criminal context a corporation may be convicted of conspiring with its officers», sin mayores argumentaciones; mientras en *United States v. S & Vee Cartage Co.*, 704 F.2d 914, 920 (6th Cir), por su parte, el Tribunal se mantiene en la línea de la sentencia dictada en *United States v. Peters*, citando, como esta, la dictada en *United States v. Hartley*.



### 3.2. La relevancia del delito de conspiración como instrumento de lucha contra el fraude fiscal

La afirmación que hicimos en su momento, según la cual, el delito de conspiración se había convertido en «*the darling of the modern prosecutor's nursery*» resulta perfectamente aplicable al ámbito de los *tax crimes*.

Las ventajas que para la Fiscalía implica amparar sus acusaciones en este delito y no en alguno de los previstos en el título 26 del *US Code*, independientemente de que también se incluyan en el escrito de acusación, son evidentes; y son aún mayores si la acusación se fundamenta, concretamente, en la existencia de una *Klein conspiracy*.

En efecto, si así lo hace<sup>1730</sup>, solo tendrá que acreditar, la existencia del acuerdo para impedir el ejercicio de las funciones del *IRS*, cualquiera que sea su naturaleza<sup>1731</sup> y que alguno de sus partícipes ha realizado algún acto para su ejecución *-over act-*, pues, como expusimos en su momento, no puede castigarse el acuerdo que sólo permanece en la mente de los que lo alcanzan<sup>1732</sup>.

Por otro lado, no podemos dejar de valorar que, de conformidad con la doctrina establecida en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo Federal en el caso *Pinkerton v. U.S.*<sup>1733</sup>, igualmente aplicable en el contexto que estamos analizando, todos los partícipes en una conspiración serán responsables de los delitos cometidos por cualquiera de ellos en ejecución

---

<sup>1730</sup>Sobre la relación entre el apartado primero y segundo de la sección 371 del Título 18 del *U.S. Code*, véase la sección 23. 07 [3] del 2012 *Criminal Tax Manual*.

<sup>1731</sup>Debe tenerse en cuenta a estos efectos que, para la aplicación de la sección 371, la Jurisprudencia exige que en el escrito de acusación se describa la naturaleza fraudulenta de aquello que se pretendía llevar a cabo. En este sentido, el *indictment* deberá incluir; qué agencia ha resultado perjudicada, qué funciones concretas de la misma han sido afectadas y quiénes han participado en ello. Véase, sección 23. 07[1][b] del 2012 *Criminal Tax Manual*.

Debe asimismo valorarse que cuando alguno de los conspiradores no haya sido acusado *-unindicted co-conspirators-*, debe evitarse mencionar su nombre en el escrito de acusación, salvo que así lo solicite alguno de los acusados, a través de un *bill of particulars*, alegando que dicha ausencia pueda provocar indefensión. Véase, sección 23. 04 [2] [a] del 2012 *Criminal Tax Manual*.

<sup>1732</sup>Véase, la sección 23. 07 [2] del 2012 *Criminal Tax Manual*. Aquí se reseñan gran cantidad de sentencias en las que se confirmaron condenas con base en esta norma, y en las que los acuerdos alcanzados para defraudar a la Hacienda Pública y las acciones realizadas en consecuencia, fueron, como es fácil inferir, de lo más variados. Sin duda, en este tipo de conspiración, como en cualquier otra, la Fiscalía tendrá también que probar el correspondiente *state of mind*, esto es, que el acusado conocía el objeto del acuerdo y que se unió a él para lograr su objetivo.

<sup>1733</sup>*Pinkerton v. U.S.*, 328 U.S. 640 (1946).

del acuerdo alcanzado, salvo que dichas infracciones, razonablemente, no hubieran podido ser previstas como una consecuencia natural de tal acuerdo<sup>1734</sup>.

También gozará la Fiscalía de importantes ventajas en materia de prueba, si decide formular acusación por un delito de conspiración en el contexto de los delitos contra la Hacienda Pública<sup>1735</sup>.

### **3.2.1. *United States v. Wegelin & CO. United States v. USB AG. United States v. KPMG***

El uso frecuente que la Fiscalía hace de este delito y, particularmente, la especial relevancia de alguno de los casos en los que se ha aplicado, ponen de manifiesto la importancia que este tipo de acusaciones está jugando en el ámbito de la lucha contra el fraude fiscal.

Tres son los casos que nos gustaría destacar.

#### **a) *United States v. Wegelin & CO.***

El 3 de diciembre de 2012, *Wegelin & CO*, el banco suizo más antiguo del país alpino, alcanzaba un acuerdo con la Fiscalía de Nueva York, en virtud del cual se declaraba culpable de los delitos que se le imputaban. Concretamente la entidad bancaria se declaraba culpable «de haber conspirado» con algunos de sus empleados *-client advisors-* y, también, con algunos de sus clientes obligados a tributar en los Estados Unidos<sup>1736</sup>, para defraudar al *Internal Service Revenue*, presentar declaraciones tributarias falsas y evadir impuestos, vulnerando con ello las previsiones de la Sección 371, del Título 18 del *U.S. Code*<sup>1737</sup>.

En virtud del acuerdo alcanzado, que ponía fin al procedimiento penal iniciado contra ella en los Estados Unidos, la entidad bancaria mostraba su conformidad a abonar, además de la

---

<sup>1734</sup>Véase, Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability...*, cit., vol. 1 p. p. 220-223 y p. p. 174-175 del 2012-13 *Cumulative Supplement*. También, Emanuel, Steven L., *Criminal Law*, cit., p. p. 193-194; Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar Crime...*, cit., p. p. 53-54.

<sup>1735</sup>Véase el capítulo correspondiente de este trabajo.

<sup>1736</sup>A efectos fiscales, y desde la perspectiva del Estado Federal, son obligados tributarios potenciales: las ciudadanos estadounidenses, residan o no en el país; las *partnerships*, *corporations*, *companies* o cualquier asociación constituida u organizada en los Estados Unidos o de conformidad con sus normas; los Estados; y los *trust* nacionales.

<sup>1737</sup>Véase el contenido del acuerdo disponible en <http://www.justice.gov/usao/nys/pressreleases/January13/WegelinSummonsPR/Exhibit%20C%20Wegelin%20Plea%20Agreement.pdf>. También el contenido del *indictment* disponible en <http://www.justice.gov/tax/2012/Wegelin%20S1%20indictment.PDF>.

pena de multa correspondiente, fijada según las bases también pactadas, la cantidad de 20.000.001 de dólares, por las pérdidas originadas por su conducta; y la de 15.821.000 dólares, por las ganancias obtenidas de los clientes que defraudaron a la Hacienda Pública.

De la misma manera, mostraba expresamente su conformidad a que, en el momento de declararse culpable ante el Juez, admitiría los hechos incluidos en la alocución que se adjuntaba al acuerdo, los cuales reconocía como ciertos<sup>1738</sup>.

Del contenido de dicha alocución, realizada en su nombre por uno de sus socios directivos, así como del contenido del *indictment* formulado, los hechos imputados a la entidad bancaria<sup>1739</sup> fueron, en síntesis, los siguientes<sup>1740</sup>.

*Wegelin & CO*, entre 2002 y 2010, había prestado a personas y entidades de todo el mundo, incluidos ciudadanos y residentes en los Estados Unidos que tenían cuentas en dicha entidad y estaban obligados a abonar impuestos en ese país, servicios de banca privada, de gestión de patrimonios y otros servicios financieros similares. Dichos servicios se prestaban, fundamentalmente, a través de los empleados conocidos como «*client advisors*», que tenían su sede en Suiza. Además, en la entidad, existían cuentas gestionadas por gestores de capital independientes, que, igualmente, correspondían a ciudadanos obligados a tributar en los Estados Unidos.

Pues bien, en las fechas indicadas, *Wegelin* se concertó con algunos de estos clientes, según ella misma reconoció, para que pudieran evadir sus obligaciones fiscales ante la Hacienda estadounidense. Concretamente, para llevar a cabo tal fin, realizó en el período indicado, entre otras acciones, las siguientes<sup>1741</sup>: abrió y mantuvo cuentas bancarias no declaradas a nombre de

---

<sup>1738</sup>Con el término *allocation* se hace referencia a la declaración que el acusado que ha alcanzado un acuerdo con la Fiscalía reconociendo su culpabilidad, puede realizar ante el Tribunal, antes de que este dicte sentencia para, sencillamente, explicar su comportamiento y reconocer los hechos (como fue este caso), pedir disculpas o solicitar una pena leve.

<sup>1739</sup>La misma había sido fundada en 1741 y tenía su sede central en St. Gallen, Suiza. Era una *partnership* constituida conforme a la legislación de dicho país y conocida por ser el banco privado suizo más antiguo. En diciembre del año 2010, tenía un total de doce oficinas en territorio suizo, incluida su sede central en St. Gallen. No contaba con ninguna sucursal u oficina en los Estados Unidos.

<sup>1740</sup>Véase el contenido del acuerdo disponible en <http://www.justice.gov/usao/nys/pressreleases/January13/WegelinSummonsPR/Exhibit%20C%20Wegelin%20Plea%20Agreement.pdf>. También el contenido del *indictment*, disponible en <http://www.justice.gov/tax/2012/Wegelin%20S1%20indictment.PDF>

<sup>1741</sup>Véase, además del *indictment* formulado contra la entidad (disponible en <http://www.justice.gov/tax/2012/Wegelin%20S1%20indictment.PDF>), también el anuncio público realizado por la Fiscalía una vez dictada la sentencia (disponible en <http://www.justice.gov/usao/nys/pressreleases/March13/WegelinSentencingPR.php>).

sociedades o fundaciones ficticias constituidas en Liechtenstein, Panamá, Hong Kong y otras jurisdicciones, con el propósito de ocultar sus auténticos titulares; aceptó documentos que declaraban falsamente que dichas entidades ficticias eran las auténticas titulares de tales cuentas, cuando en realidad, las mismas eran de otras personas, obligadas a tributar en los Estados Unidos, incorporando, además, dichos documentos a sus archivos; permitió que algunos clientes obligados a pagar impuestos en ese país, abrieran y mantuvieran cuentas bancarias, usando para ello códigos y claves, para que cualquier referencia a sus nombres en los documentos del banco fuera mínima; se aseguró que cualquier información o comunicación sobre las cuentas de sus clientes norteamericanos no fuera enviada a los Estados Unidos, sino a través del correo electrónico personal de estos últimos, para así reducir el riesgo de ser detectados; y emitió cheques y ejecutó transferencias, a través de su *correspondent bank* en los Estados Unidos, por importes inferiores a los 10.000 dólares, para evitar que fueran detectadas.

*Wegelin* reconoció que era consciente de que las personas a las que prestó estos servicios estaban obligadas a declarar todos sus ingresos al *IRS* y a pagar los impuestos correspondientes, incluidos los derivados de las cuentas citadas; y que, a pesar de ello, mantuvo intencionadamente tales cuentas, conociendo que con ello ayudaba a que los primeros eludieran el cumplimiento de sus obligaciones legales.

Asimismo, en el acuerdo alcanzado con la Fiscalía, se hizo constar que la entidad bancaria suiza sabía que este comportamiento era ilícito, pero que pensó que no podría ser acusada por estos hechos en los Estados Unidos porque no mantenía en ese país sucursales u oficinas, y porque, a su entender, sus acciones eran conformes con las leyes suizas, además de una práctica habitual en el negocio bancario de ese país.

Reconocidos por el banco los hechos descritos, el acuerdo alcanzado fue finalmente aprobado por el Juez competente, que le condenó a abonar, según lo pactado, un total de unos 74 millones de dólares, incluyendo la multa y las demás cantidades acordadas.

*Wegelin & CO* no tenía, como hemos dicho, sucursales en los Estados Unidos, pero operaba en el sistema bancario estadounidense a través de un *correspondent bank account* en el *UBS AG*, en Stamford, Conectica<sup>1742</sup>.

---

<sup>1742</sup>Véase, el anuncio público de la condena realizado por la Fiscalía, disponible en <http://www.justice.gov/usao/nys/pressreleases/March13/WegelinSentencingPR.php>

b) *United States v UBS AG.*

El acuerdo entre la Fiscalía y *Wegelin & CO* no hace sino seguir la estela del alcanzado previamente, aunque en la modalidad de *deferred prosecution agreement*, con otro banco suizo, el más importante, de hecho, del país alpino, el *UBS AG*, investigado también por conspirar para defraudar a los Estados Unidos y al *IRS*.

El banco, a través de uno de sus departamentos, con sede en distintas localidades de Suiza y que contaba con más de sesenta *private bankers*, prestaba servicios a más de 20.000 clientes estadounidenses, a los que incluso visitaba frecuentemente en su país. A muchos de estos clientes, según se reconoció en el acuerdo firmado, les facilitó la evasión de impuestos, abriendo cuentas a nombre de sociedades *off shores* para que pudieran esconder su existencia al *IRS*<sup>1743</sup>.

Como en el caso de *Wegelin*, la entidad suiza utilizó códigos y claves destinadas a ocultar los verdaderos titulares de dichas cuentas bancarias; y aceptó y unió a sus archivos documentación emitida por las citadas sociedades, en la que sus directores declaraban bajo pena de perjurio, que ellas, las entidades *off shores*, eran las verdaderas beneficiarias de dichas cuentas.

Además, por otro lado, *UBS AG* había prestado servicios de intermediación financiera en los Estados Unidos, sin cumplir debidamente frente al *IRS* las obligaciones de información que le correspondían sobre los verdaderos destinatarios de los rendimientos obtenidos en las inversiones realizadas<sup>1744</sup>.

La entidad bancaria suiza, para evitar su persecución penal en los Estados Unidos, se comprometió en el acuerdo alcanzado con la Fiscalía a abonar un total de 780 millones de dólares por todos los conceptos, y al desmantelamiento progresivo de su *United States Cross Border Business*, de manera que a partir de ese momento se dejarían de prestar servicios financieros del tipo expuesto a clientes estadounidenses. Este *exit program* se desarrollaría además en el plazo y en la forma pactada y bajo la supervisión de un comité creado al efecto,

---

<sup>1743</sup>Véase el contenido del acuerdo, disponible en [http://www.justice.gov/tax/UBS\\_Signed\\_Deferred\\_Prosecution\\_Agreement.pdf](http://www.justice.gov/tax/UBS_Signed_Deferred_Prosecution_Agreement.pdf).

<sup>1744</sup>Véase el contenido del acuerdo, disponible en [http://www.justice.gov/tax/UBS\\_Signed\\_Deferred\\_Prosecution\\_Agreement.pdf](http://www.justice.gov/tax/UBS_Signed_Deferred_Prosecution_Agreement.pdf).

obligado, por otro lado, a informar periódicamente a las autoridades sobre la marcha y evolución del programa<sup>1745</sup>.

Asimismo la entidad se comprometía a facilitar información sobre determinados clientes estadounidenses, así como a continuar colaborando con la investigación de los hechos. En este sentido, en el acuerdo se hace referencia a que la Fiscalía era consciente de las dificultades que para ello podía encontrar la entidad suiza, particularmente a la vista de la regulación vigente en su país, de manera que dicha colaboración, como la facilitación de información, se haría de acuerdo con el Derecho suizo y las indicaciones dadas al respecto por la Autoridad suiza supervisora<sup>1746</sup>.

c) *United States v. KPMG*.

Sin duda, otro caso emblemático en la investigación penal de personas jurídicas por cometer delitos contra la Hacienda Pública es el de la consultora *KPMG*.

En el año 2002, bajo la dirección del entonces senador Carl Levin, el *Permanent Subcommittee on Investigations* del Senado de los Estados Unidos inició una investigación sobre el desarrollo y la venta de *tax shelter* por parte de auditoras, bancos, asesores financieros y firmas de abogados<sup>1747</sup>. El curso de la investigación y el material recopilado durante la misma condujo al Comité a centrarse particularmente en cuatro productos que habían sido diseñados y comercializados por la firma *KPMG*<sup>1748</sup>.

Si las audiencias ante el Comité tuvieron lugar durante noviembre del año 2003, en febrero del año 2004, la Fiscalía había convocado al Gran Jurado<sup>1749</sup>, iniciando una de las investigaciones más relevantes de todos los tiempos por delitos fiscales contra una persona jurídica.

---

<sup>1745</sup>Véase, [http://www.justice.gov/tax/UBS\\_Signed\\_Deferred\\_Prosecution\\_Agreement.pdf](http://www.justice.gov/tax/UBS_Signed_Deferred_Prosecution_Agreement.pdf).

<sup>1746</sup>Como consecuencia de la información facilitada por *USB* en cumplimiento de su acuerdo con la Fiscalía, hasta junio del año 2011, se habían iniciado aproximadamente unas 150 investigaciones contra clientes de la entidad. Además se habían iniciado hasta ocho investigaciones relacionadas con *offshore banks* en todo el mundo. Asimismo varias personas habían sido investigadas por colaborar en la apertura de cuentas en estas entidades. Véase, *FY 2014 Congressional Budget...*, cit., p. 9.

<sup>1747</sup>Hsue, Patricia B., «Comments. Lesson from United States v. Stein...», cit., p. p. 920-921.

<sup>1748</sup>Hsue, Patricia B., «Comments. Lesson from United States v. Stein...», cit., p. 921.

<sup>1749</sup>Hsue, Patricia B., «Comments. Lesson from United States v. Stein...», cit., p. 921.

En agosto del año 2005, la firma, una de las auditoras más importantes del mundo, alcanzaba con la Fiscalía un *deferred prosecution agreement*. En él aceptaba haber participado en una conspiración para defraudar a los Estados Unidos y a una de sus agencias, en este caso, el IRS; para cometer evasión fiscal, de conformidad con la sección 7201 del título 26 del U.S. Code; y para realizar y presentar declaraciones tributarias falsas con base en la sección 7206 del mismo título<sup>1750</sup>.

Los hechos en los que se ampararon estas imputaciones, y que igualmente se admitieron por la compañía, consistieron, en síntesis, en «haber conspirado con sus empleados» para ayudar a ciudadanos de los Estados Unidos con un alto poder adquisitivo a evadir impuestos a través de la comercialización de *abusive tax shelters*. Con este fin, alguno de tales empleados, entre otras actividades, habían elaborado declaraciones tributarias falsas para estos clientes; habían confeccionado documentación en la que se contenían datos falsos o fraudulentos para amparar estos productos o habían ocultado al IRS la existencia de estos últimos<sup>1751</sup>.

Asimismo, según los hechos relatados en la *criminal information* inicialmente formulada contra la compañía, sus máximos responsables habían aprobado tanto los productos en cuestión, como que por parte de la entidad se emitieran *opinion letters* en su apoyo<sup>1752</sup>; y ello a pesar de que algunos expertos, tanto internos como externos, habían puesto de manifiesto que los *tax shelter* comercializados eran abusivos y no cumplían la exigencias del IRS<sup>1753</sup>.

De conformidad con el acuerdo alcanzado, la firma se comprometió, en síntesis: a abonar un total de 456 millones de dólares, incluida la multa y demás consecuencias pecuniarias, entre ellas, el pago al IRS de un total de 228 millones de dólares por las pérdidas causadas; a limitar tanto la comercialización de ciertos productos, como su actividad de asesoramiento en el ámbito fiscal, en la manera y dentro de los márgenes que fueron fijados; a

---

<sup>1750</sup>Véase el contenido del acuerdo, disponible en <http://www.justice.gov/usao/nys/pressreleases/August05/kpmgdpagmt.pdf>; también el *indictment* formulado finalmente contra nueve de sus empleados, en el que se designa expresamente a la entidad como *co-conspirator*, disponible en <http://www.justice.gov/usao/nys/pressreleases/August05/kpmgindividualsind.pdf>.

<sup>1751</sup>Véase el contenido del acuerdo, disponible en <http://www.justice.gov/usao/nys/pressreleases/August05/kpmgdpagmt.pdf>.

<sup>1752</sup>Una *opinion letter* es la denominación que recibe el informe escrito que, con relación a una determinada cuestión tributaria, emite un profesional de la materia. Como tales, dada la importancia que pueden tener a la hora de una posible exención de responsabilidad, han sido objeto de una regulación detallada.

<sup>1753</sup>Véase al respecto la información facilitada sobre el caso por el propio IRS, disponible en [http://www.irs.gov/uac/KPMG-to-Pay-\\$456-Million-for-Criminal-Violations](http://www.irs.gov/uac/KPMG-to-Pay-$456-Million-for-Criminal-Violations).

cumplir con las normas y estándares éticos adoptados por el *Public Company Accounting Oversight Board*, en julio de 2005<sup>1754</sup>; a cooperar activamente con la Fiscalía, el *IRS* o cualquier otra agencia federal que la primera designara en la investigación de cualquier hecho que estuviera examinando y del que *KPMG* pudiera tener información o conocimiento; a desarrollar e implementar un programa de *compliance* que se ajustara a los criterios establecidos en las *sentencing guidelines*; y, por último, a que un monitor, nombrado por la Fiscalía, supervisara el cumplimiento de los términos del acuerdo, entre ellos, la adecuada implementación de los programas de cumplimiento.

### 3.2.3. Conclusiones. Una propuesta

La exposición de lo ocurrido con *KPMG*, como con los dos bancos suizos, nos permite exponer algunas consideraciones, para apoyar la afirmación que hemos realizado sobre cómo el delito de conspiración es utilizado como instrumento para la lucha contra el fraude fiscal.

Así, del examen de los hechos de los que derivan las acusaciones contra estas entidades, se infiere que el objetivo no es propiamente la persecución de la entidad en su condición de sujeto pasivo del impuesto correspondiente, que no ha sido debidamente liquidado y abonado al Fisco. Tampoco estamos ante el supuesto en el que la persona jurídica se utiliza meramente como «sociedad pantalla» para imputarle determinados ingresos o bienes y ocultar así a la Hacienda Pública su verdadero titular.

Los supuestos examinados son algo completamente diferente. En ellos se persigue a la persona jurídica que, en el ejercicio de su actividad como entidad bancaria, como consultora o como despacho de abogados, coopera, o más exactamente «conspira» para que sus clientes eludan los impuestos que están obligados a abonar; sea comercializando *tax shelter* abusivos, sea promoviendo la creación y el mantenimiento de cuentas bancarias que permanecen ocultas al Fisco.

---

<sup>1754</sup>El *Public Company Accounting Oversight Board* (PCAOB) es una *nonprofit corporation* constituida por el Congreso, de conformidad con las disposiciones de la *Sarbanes-Oxley Act* del año 2002, para supervisar las auditorías de las compañías que cotizan en bolsa, con el fin de proteger los intereses de los inversores y del público en general, garantizando la fidelidad e independencia de las mismas. También supervisa las auditorías de los *broker-dealers* y los informes que estos presenten de conformidad con la normativa bursátil, para así promover la protección del inversor. Véase, <http://pcaobus.org/Pages/default.aspx>.



Se consigue así, en nuestra opinión, perseguir mucho más eficazmente el fraude fiscal, porque, al margen de perseguir al defraudador, grande o pequeño, se dismantelan estructuras organizativas que en realidad están destinadas específicamente a preparar, fomentar y amparar el fraude. En este sentido, la lectura de los hechos imputados a *Wegelin CO*, *USB AG*, y *KPMG* no dejan margen para la duda, independientemente de que estas estructuras organizativas se integraran en compañías que ejercían una actividad lícita en el mercado.

En la realidad económica actual y en un mundo cada vez más globalizado, la persecución de estos y otros hechos similares resulta, desde nuestra perspectiva, absolutamente imprescindible. Y el Derecho Penal estadounidense cuenta para ello con una fórmula útil, el delito de conspiración y, concretamente, las *Kleins Conspiracies*. Todo ello unido a la presencia, en su sistema procesal penal, de otros principios, como el de oportunidad discrecional, que amplían enormemente el poder de la Fiscalía y con ello la presión que puede ejercer sobre las entidades investigadas<sup>1755</sup>.

---

<sup>1755</sup>En este sentido nos atrevemos a afirmar que *KPMG* a la hora de decidir si alcanzar o no el acuerdo descrito, debió tener muy presente la suerte que había corrido años atrás, *Arthur Andersen*, otra de las grandes consultoras a nivel mundial.

## PARTE V. CONCLUSIONES

1. El modelo estadounidense de imputación penal de las personas jurídicas, tal como es concebido por la Jurisprudencia Federal, descansa en un modelo de responsabilidad por el hecho de otro, basado en la doctrina civil del *respondeat superior*, donde lo que existe es una transferencia de responsabilidad desde el representante o empleado de la persona jurídica que comete el delito, a esta misma; que es culpable del hecho porque lo es la persona física. Esta transferencia no implica la extinción de la responsabilidad del primero; como tampoco, a la inversa, la condena penal de la persona jurídica exigirá la de la persona física, pues será perfectamente posible la condena de una entidad sin que, a su vez, se condene a la persona física en cuestión, contra la que ni siquiera se tendrá que haber formulado acusación. De hecho, precisamente porque esta es la idea esencial que subyace en el modelo, uno de los problemas fundamentales que se plantean es como trasladar el *state of mind* exigido por el delito, de la persona física a la jurídica, un problema que no siempre ha sido abordado con igual éxito, con soluciones controvertidas como la doctrina del *collective knowledge*, y que se ve acrecentado, además, por la falta de una regulación general sobre el tipo subjetivo.

Estas dificultades, como otras que pone de manifiesto el modelo, en ocasiones incompleto, no han sido obstáculos para su supervivencia desde que, a principios del siglo XX, el Tribunal Supremo, en la sentencia dictada en *New York Central & Hudson River Railroad v. United States*, declarara su conformidad con la Constitución, descartando, particularmente, que vulnerara el derecho al proceso debido.

La posibilidad de que la solución contraria consagrara espacios de impunidad a favor de los nuevos protagonistas del comercio interestatal -las *business corporation*- explica, en gran medida, la utilización pragmática y utilitarista del Derecho Penal que se efectúa por el Tribunal Supremo en esta resolución y que conduce al trasvase a la responsabilidad penal de unos principios imperantes hasta entonces en el ámbito de la responsabilidad civil.

Esta visión pragmática del Derecho, como la concepción de que las personas jurídicas necesariamente han de responder por los daños causados a la sociedad, cualquiera que sean las dificultades dogmáticas que ello puede plantear, no solo ha continuado presente desde entonces, sino que se ha visto incrementada recientemente, por los escándalos financieros de

principios del siglo XXI, en un período (como el de principios del siglo XX) de importantes cambios sociales y económicos.

Ello explica que no hayan tenido excesivo éxito las propuestas doctrinales y jurisprudenciales destinadas a limitar los criterios de imputación vigente y que propugnan un sistema basado en la culpabilidad genuina de la organización y no en la de la persona física que comete el delito, y donde, en consecuencia, aquella entidad que tenga un programa de cumplimiento eficaz en la prevención y detección de las infracciones penales puede quedar exenta de responsabilidad penal, a pesar de la concurrencia de los presupuestos de la doctrina del *respondeat superior*. En este sentido, ningún atisbo sobre esta posible modificación se advierte, por ejemplo, en la guía que, para la aplicación de la *Foreign Corrupt Practice Act (FCPA)*, publicó la Fiscalía Federal junto a la *Securities and Exchange Commission*, en el año 2012. En este documento se proclama abiertamente la vigencia del modelo que, además, en algunos ámbitos, como el relacionado con la «sucesión» de la responsabilidad penal en los supuestos de fusiones y adquisiciones de empresas, es interpretado extensivamente para evitar cualquier ángulo de impunidad, en este caso, en las operaciones de este tipo.

Lo dicho respecto a la *FCPA* no es, en absoluto, baladí porque la persecución de los delitos incluidos en esta norma ha sido uno de los objetivos prioritarios de la política criminal de los Estados Unidos en los últimos tiempos. Lo que, a su vez, le ha convertido en un referente sobre cómo funciona el modelo federal de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Basta a estos efectos con observar la atención que la doctrina ha dedicado a este texto en los últimos tiempos. Además en esta norma concurre otra característica importante: la consagración de una aplicación extraterritorial expansiva, que permite que se persigan conductas ocurridas en el extranjero y en el seno de compañías extranjeras, ha convertido esta norma en un mecanismo para «exportar» el Derecho Penal estadounidense en el ámbito de la lucha contra la corrupción.

2. Lo expuesto no supone, simultáneamente, que el modelo federal de responsabilidad penal de las personas jurídicas sea ajeno a cuál haya sido el comportamiento de la propia persona jurídica, al margen del de la persona física que cometió el delito que se le imputa. En efecto, cuál haya sido este comportamiento podrá tener un reflejo esencial, si no para evitar que sea declarada penalmente responsable de dicha infracción, sí para graduar la sanción que por ello pudiera corresponderle. Las *sentencing guidelines* para organizaciones contienen un importante número de normas que permiten atenuar las penas correspondientes a las personas

jurídicas con base en criterios que claramente son ajenos a la persona física que cometió el hecho y conforman lo que sería una auténtica culpabilidad de la organización.

Dos de estos criterios son especialmente relevantes: El primero, los denominados *Effective Compliance and Ethics Programs*; el segundo, la colaboración con las autoridades.

3. Los *Effective Compliance and Ethics Programs* deben implicar el ejercicio de la diligencia debida en la prevención y detección de conductas criminales y promover una cultura corporativa que favorezca un comportamiento ético y un compromiso con el cumplimiento de la Ley. Objetivos que deberán traducirse en una confección adecuada, con una correcta valoración de riesgos, pero, sobre todo, en una implementación eficaz, dotada de los instrumentos económicos y personales necesarios para ello, que deben permitir, especialmente, la evaluación continua del éxito de dicha implementación.

Este tipo de programas no nace con la publicación, en los años 90, de la *sentencing guidelines*. La vigencia del modelo vicarial de responsabilidad penal de las personas jurídicas ha discurrido paralela a una intensa discusión sobre la necesidad de que las entidades se autorregulen y de que sus directivos, a través del compromiso con estos programas de cumplimiento, aspiren realmente a convertir a aquellas en «un buen ciudadano corporativo». Esta discusión, que se inicia a mediados del siglo XX, es la que cristaliza finalmente en las *guidelines*, incluyendo la tenencia de estos programas como medida de la sanción. Se corrige de esta forma un modelo de imputación que, por sus características, no permitía distinguir a las entidades que se habían comprometido con el cumplimiento de la ley de aquellas que no lo habían hecho y se habían mostrado indiferentes al respecto.

Esta consagración de la relevancia de los programas de cumplimiento, reforzada en las distintas modificaciones experimentadas por las *guidelines* desde su publicación, ha implicado su generalización en el mundo empresarial y, con ello, el afloramiento de una nueva profesión: la de aquellos destinados a su confección e implementación. Esta generalización ha supuesto, por otro lado, que se avive el debate sobre su utilidad, sobre si este tipo de modelos de gestión -con más de cincuenta años de historia y cuya tenencia ha sido fomentada desde el poder público, especialmente, desde los potentes organismos reguladores federales- ha tenido realmente algún efecto en la disminución del número de ilícitos en el seno de las organizaciones. Hechos como que el programa de cumplimiento de *Enron* hubiera sido calificado, justo antes de su quiebra,

como un modelo a seguir, ha impregnado la discusión de un cierto pesimismo sobre el particular y ha contribuido, especialmente, a que el debate en los Estados Unidos haya comenzado a avanzar hacia otros derroteros. Cuáles sean sus conclusiones aún no está muy definido. Pero lo que sí parece claro es que hay que ir más allá de los programa de cumplimiento, hay que ir más allá de la discusión sobre cómo se confeccionan o implementan o sobre su relevancia en la imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, porque ello no ha resuelto el problema real, que es cómo evitar que las estructuras empresariales se conviertan en un medio propicio para la comisión de infracciones penales. Ello a pesar de que la exigencia de responsabilidad penal a estos entes, en los Estados Unidos, cuenta con una larga tradición; se ampara en un modelo de imputación ciertamente severo que ha permitido la caída de grandes empresas como la auditora *Arthur Andersen*; y los modelos de autorregulación han sido objeto de atención por la doctrina y por los Tribunales durante más de cincuenta años.

La constatación de este cambio de rumbo en el debate tiene relevancia porque se produce en un país que ya ha recorrido el camino que nosotros estamos apenas comenzando.

En efecto, la relevancia que a los programas de cumplimiento se les ha concedido en el Derecho estadounidense, sea para decidir si formular acusación penal, sea para graduar, como hemos expuesto, la culpabilidad de la organización y, en consecuencia, la pena que le corresponde a la entidad, ha sido fruto de una evolución y un debate profundo sobre el papel de las personas jurídicas en la sociedad y sobre el comportamiento que a las mismas les es exigible, debate que surge, además, en cierta medida, como mecanismo corrector, de una sistema en el que se parte de la existencia de una sociedad basada en la multiplicidad de las personas jurídicas, en las dificultades de transparencia que el sistema conlleva y en la excesiva complejidad, tanto de las sociedades como de la normativa que regula los distintos ámbitos de giro de las empresas. Ha ido acompañado además del desarrollo de un marco normativo detallado. Las *sentencing guidelines* regulan su valoración concreta en la individualización de la pena y cuáles son los parámetros mínimos que han de cumplir a estos efectos. Y también existe una regulación federal muy importante, emanada de la multitud de agencias públicas que en este ámbito regulan los distintos sectores de actividad, que han dictado normas para guiar a las entidades en la elaboración de estos programas.

En nuestro ordenamiento, estos programas de cumplimiento o modelos de organización y gestión son una novedad reciente y además clave para la exigencia de responsabilidad penal a

las personas jurídicas. La nueva redacción del artículo 31 bis del Código Penal, según la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (que entrará en vigor el 1 de julio de 2015), consagra, en efecto, un sistema en el que el fundamento de la imputación penal de las personas jurídicas ha de estar basado en la denominada culpabilidad de organización y, por tanto, en la constatación de la presencia en la entidad de un déficit organizativo, reflejado en la inexistencia de uno de estos modelos de organización y control. Basta leer los requisitos que deben cumplir estos modelos, según el artículo citado -para que la persona jurídica quede exente de responsabilidad penal- para advertir su paralelismo con los fijados en las *guidelines*. Este desarrollo normativo es, por otro lado, absolutamente necesario para que los Juzgados y Tribunales puedan valorar la eficacia y funcionamiento de estos programas. No basta una concreción jurisprudencial al respecto. Es preciso que lo hiciera el legislador. Tendremos que esperar para examinar cómo los órganos jurisdiccionales se enfrentan al examen de este nuevo elemento y, particularmente, cómo afrontan el riesgo de que estos nuevos modelos de organización y gestión se conviertan en meros *cosmetic compliance*, esto es, en planes de intenciones con escasa implementación que solo sirvan para eximir de responsabilidad penal a la empresa.

Por tanto, nosotros disponemos ya de un primer desarrollo normativo, pero el debate acaba de comenzar y ha de evitarse el riesgo de que los mismos se conviertan en una «carta en blanco» para que las personas jurídicas queden exentas de responsabilidad penal. Lo que no está ni en la génesis de estos programas ni constituye su finalidad.

4. El segundo elemento que, junto a los programas de cumplimiento, permite, según las *guidelines*, graduar la pena a imponer a la persona jurídica es el de la colaboración con las autoridades. Este elemento tiene también una importancia crucial. El comportamiento de la entidad una vez detectado el delito es esencial. Puede que el modelo de organización y gestión implementado no haya sido capaz de prevenir la comisión del delito, pero lo que no admitirá excusa alguna es que, detectada esta comisión, la entidad no sea lo suficientemente diligente en su investigación, castigo interno y comunicación a las autoridades correspondientes. El «mirar para el otro lado», tratar de ocultar o encubrir la comisión de ilícitos en el seno de la organización, o no investigarlos debidamente una vez detectados, puede acarrear graves consecuencias y, particularmente, debilitar enormemente la posición de la entidad frente a la Fiscalía. No es de extrañar pues que algunos autores sostengan que se ha atribuido a las empresas un papel de «investigadores adjuntos» del Departamento de Justicia, con los conflictos

que ello puede generar en su relación con sus empleados, a menudo, con intereses contrapuestos.

Las investigaciones internas y la figura de los *whistleblower* («soplones» o «chivatos») se sitúan pues también en el centro del debate y son objeto de atención detallada por la doctrina y los tribunales. El tratamiento de las primeras se relaciona íntimamente con la cuestión de qué derechos fundamentales se reconocen a las personas jurídicas en el ámbito del proceso penal - entre los que no está el derecho a no declarar- y con la necesidad de coordinar tales derechos con los de sus directivos o empleados, entre estos, el derecho de defensa o el derecho a la confidencialidad en las relaciones entre abogado y cliente, que han de ser protegidos frente a la tentación que puede sentir la entidad de vulnerarlos para así obtener ventajas frente a la acusación pública. En este aspecto, la existencia de una doctrina jurisprudencial detallada sobre el alcance de estos derechos y sus límites resulta de gran ayuda. La figura de los *whistleblowers*, por su parte, goza de una larga tradición y es considerada un elemento positivo para el funcionamiento del sistema, que la ha fomentado económicamente y la ha dotado de mecanismos de protección eficaces.

5. Este juego entre el modelo de responsabilidad de imputación vicarial y la relevancia de la culpabilidad de la organización como medida de la sanción nos permite afirmar que el sistema de imputación de la culpabilidad de las personas jurídicas en el ordenamiento federal de los Estados Unidos es en principio mixto. En primer lugar, por el sistema de atribución del hecho de otro, se valora la culpabilidad de ese otro; y en un segundo momento, al determinar y aplicar la pena, se utilizan los parámetros de la culpabilidad por organización.

De esta manera el modelo de imputación penal de las personas jurídicas en los Estados no está tan alejado de las categorías dogmáticas europeas, donde se aplican ambos modelos de imputación. Aunque, a nuestro juicio, allí, debido a su antigüedad y especiales características se encuentre mucho más desarrollado; y, desde luego, siempre con el pragmatismo como guía fundamental.

6. En el sistema de imputación penal de las personas jurídicas en los Estados Unidos, estos dos criterios fundamentales que las *sentencing guidelines* contienen para modular la pena de las organizaciones: la tenencia de un programa de cumplimiento y la colaboración con la justicia (ambos relacionados, en nuestra opinión, con la existencia en su estructura, de un déficit

organizativo, sea para prevenir los delitos, sea para detectarlos, investigarlos y castigarlos) están también muy presentes en otros mecanismos de los que se ha dotado el modelo en este campo; mecanismos que también, aunque desde otra perspectiva, tratan de paliar la severidad de los criterios de imputación imperantes en él.

Efectivamente, el sistema de imputación penal de las personas jurídicas, probablemente consciente de su severidad, se ha dotado de ciertos mecanismos de flexibilización. Aquí el papel del Fiscal y el ejercicio discrecional de la acción penal aparece con toda su fuerza. La Fiscalía, para acusar o no a una persona jurídica, ha de valorar criterios que van mucho más allá de los utilizados por la doctrina de los Tribunales Federales, para condenar a estas entidades; mucho más allá de los presupuestos de la doctrina del *respondeat superior*.

Por ello, en ese momento, previo a la acusación, la entidad tiene la oportunidad de alegar que, a pesar de que una persona física dentro de su organización haya podido cometer un delito en su nombre y en su provecho, ella no es culpable del mismo, porque sus sistemas de control, aunque fallaron, eran los correctos; y además, tanto estos como ella misma respondieron adecuadamente ante el descubrimiento de la conducta ilícita. La tenencia pues de un adecuado programa de *compliance* la colocará siempre en una mejor posición para afrontar frente a la Fiscalía esta etapa, y por tanto para evitar ir a juicio.

Es lógico concluir que las entidades se toman realmente en serio la necesidad de implementar sistemas internos de control adecuados. Puede que estos no hayan sido capaces de disminuir el número de delitos cometidos en el seno de las personas jurídicas pero lo que no hay duda es que su generalización sí ha supuesto al menos que se fomente su detección, su represión dentro de la organización y su denuncia a las autoridades, lo que a su vez, promueve el castigo de los culpables. Porque importa el castigo de las personas jurídicas pero también, y mucho, el de las personas físicas autoras de las infracciones penales en cuestión.

El Fiscal puede además, y este es un aspecto que nos parece importante, valorar los daños colaterales que, en cualquier caso, el ejercicio de la acción penal contra la persona jurídica puede acarrear, de manera que pueden ser lo suficientemente importantes como para que decida no hacerlo (principio de oportunidad).



Si finalmente el Fiscal, sea por las razones expuestas o sea por cualquier otra, decide no formular acusación, al menos inmediatamente, puede no obstante asegurarse de que la entidad en cuestión va a introducir en su estructura los cambios necesarios para prevenir que en el futuro se puedan repetir conductas criminales. Los *Deferred Prosecution Agreements* son, a estos efectos, un instrumento fundamental. Se confía en que todas las personas jurídicas van a ajustar sus comportamientos a los modelos de conducta que le son exigibles, según el sector económico en el que ejerzan su actividad, pero si no lo hacen voluntariamente, se les pueden imponer estas pautas de comportamientos, a través de estos acuerdos con la Fiscalía.

El sistema no está exento de críticas. Sobre todo porque necesariamente ha de partir de un ejercicio diligente y equilibrado de estas facultades por parte de la Fiscalía, lo que puede no ocurrir en todos los casos; de manera que se ejerza sobre las personas jurídicas una «presión» desmedida o inmerecida en determinados supuestos, precisamente ante «la amenaza» del ejercicio de la acción penal. Pero a la hora de evaluar, precisamente, si esta presión resulta o no justificada tenemos que tener en cuenta algo que, en ocasiones, pareciera olvidarse: no siempre las personas jurídicas investigadas son tan «inocentes» como resultó serlo *Arthur Andersen*. No lo era, desde luego, la entidad bancaria *HSBC*, acusada de blanquear miles de millones procedentes del narcotráfico, como no lo era *USB AG*, que ayudó a miles de contribuyentes a eludir sus impuestos. Al contrario, en la mayoría de las ocasiones, la dirección de la entidad, de una manera u otra y por razones diversas, fomentó la comisión por sus empleados de las prácticas ilícitas cometidas, de las que, a menudo se benefició económicamente. Y si ello es así, las consecuencias que han de asumir, al alcanzar uno de estos acuerdos tampoco resultan, desde nuestro punto de vista, tan excesivas. Es cierto que pueden suponer una intervención directa en la llevanza de la entidad y con ello una limitación, que puede ser importante, en su propio autogobierno; pero hablamos de una organización que ha delinquido. Dicha limitación pues está tan justificada como lo estaría si el delincuente fuera una persona física. Además contamos con una ventaja: frente a las dudas que ello puede suponer respecto a los individuos, a las entidades sí se le puede imponer coactivamente un tratamiento «rehabilitador» a través de la implementación obligatoria de las reformas estructurales que hemos descrito.

Es cierto, asimismo, que el poder que estos acuerdos otorgan a la Fiscalía ha sido objeto de fuertes críticas por aquellos que consideran que su proliferación ha convertido al Ministerio Público en un nuevo «regulador», que «dicta» sus propias normas sobre cómo deben aplicarse las leyes penales. Los casos que llegan a juicio son escasos y, en consecuencia, son escasas

las oportunidades que tienen los Tribunales de pronunciarse sobre los extremos de aquella aplicación que pudieran resultar controvertidos. Pero esta realidad, que alcanza igualmente a la responsabilidad penal de las personas físicas, donde el reinado de los *plea bargain* también es indiscutible, podría paliarse, al menos parcialmente, con una mayor intervención judicial en la aprobación de los acuerdos, tal y como, por otro lado, se reclama ya desde algunos sectores de la judicatura americana.

En definitiva, en nuestra opinión, estos mecanismos de flexibilización en el ejercicio de la acción penal y en los términos de los acuerdos que se pueden alcanzar con la Fiscalía, acompañado del establecimiento de unos adecuados sistemas de control para evitar los abusos, merecen un reconocimiento positivo, sin perjuicio de los claroscuros que puedan presentar.

De hecho convendría plantearse su introducción en nuestro sistema procesal penal, excesivamente rígido y en ocasiones poco eficaz; al menos en los que se refiere a la posibilidad de alcanzar algunos de los acuerdos descritos.

Poco o nada tiene que ver con un sistema de negociación y acuerdos como el que hemos descrito, especialmente útil cuando se trata de castigar penalmente a las personas jurídicas, la conformidad que regula nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal. En este sentido es urgente una nueva regulación del principio de oportunidad en la actuación del Ministerio Fiscal en nuestro país.

7. Las consideraciones generales expuestas sobre el modelo de imputación de las personas jurídicas en la jurisdicción federal se ven reflejadas en la forma en la que se aplican las concretas normas penales. Algunas de estas normas han sido objeto de análisis detallado en este trabajo, porque suponen un buen ejemplo de cómo funciona el sistema en la práctica, donde, insistimos, el utilitarismo y la eficacia se sitúan siempre por encima de cualquier dificultad dogmática.

El delito de conspiración y la subsunción en él de los hechos imputados a una entidad cuando su calificación conforme a otros tipos penales más complejos no sea posible es una buena muestra. Esta figura delictiva es también buena muestra de otro rasgo propio del Derecho de los Estados Unidos, cual es la forma en la que el Derecho sustantivo y el Procesal se comunican. Si se formula acusación por este delito, no solo será más fácil la subsunción de los

hechos, sino que la acusación también gozará de importantes ventajas procesales en materia de prueba.

Asimismo, en este campo relacionado con las figuras delictivas concretas, hemos destacado con anterioridad la fuerza de una norma como la *FCPA*, que ha permitido a los Estados Unidos exportar a otros países su modelo de lucha contra la corrupción. Algunos han entendido que el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción que permite esta norma puede beneficiar a aquellos países con un sistema judicial poco efectivo en este campo; mientras otros pueden pensar que no es sino una nueva forma de imperialismo. En cualquier caso, es una realidad que no puede ser ignorada. Con un problema añadido, como casi ningún procedimiento llega a juicio, los jueces no tienen la oportunidad de resolver cuestiones sobre la jurisdicción, y entre ellos, los posibles «abusos» que puedan cometerse en su interpretación extensiva.

8. El auge de la persecución penal de las personas jurídicas ha situado de forma inevitable a sus administradores y directivos en el ojo del huracán. El papel que les corresponde en el fomento de lo que se ha llamado una cultura corporativa ética ha sido ampliamente debatido. En la génesis de las *guidelines* subyace la idea de que dicho papel ha de ser esencial; mientras algunos estudios empíricos realizados sobre la influencia que la proliferación de códigos de conducta ha tenido en la comisión de ilícitos en el seno de las empresas, apuntan a que este factor, el del compromiso de los directivos de la entidad con un comportamiento empresarial ético es el único que, realmente, puede marcar la diferencia en este punto.

Por ello, a la hora de exigirles responsabilidad penal individual, en su condición de administradores por los actos cometidos en el seno de sus organizaciones, reina, en cierta medida, la misma filosofía del «palo y la zanahoria», que inspira también el castigo de las personas jurídicas. Solo así se entiende una doctrina como la conocida como *Responsible Corporate Officer Doctrine*, que parece haber resurgido en los últimos tiempos, y que permite imputarles responsabilidad penal por delitos cometidos por sus subordinados en el ámbito de la actividad de la compañía que está bajo su responsabilidad, aun cuando ni siquiera tengan conocimiento de que el ilícito se está cometiendo.

Esta doctrina, no exenta de dificultades, se aproxima a ciertas posiciones de nuestra dogmática, según las cuales, en algunos supuestos, el dolo no exigirá conocimiento sino que podrá ser atribuido al sujeto en función de su rol, en este caso, el que ocupa en la organización

donde se ha cometido el delito. Porque dicho rol le debió conducir a conocer (conoció o debió conocer) que con su acción iba a crear un peligro para el bien jurídico protegido.

También, en el ámbito de la responsabilidad civil, los administradores de las sociedades americanas han visto como la presión sobre ellos ha aumentado en los últimos tiempos. Dicha responsabilidad es indiscutible por los daños (económicos o reputacionales) que pueda sufrir la entidad si es condenada penalmente y dicha condena está conectada causalmente con el hecho de que no existieran, en la organización, mecanismos adecuados para la prevención y castigo de los delitos. Es obligación de los administradores dotar a la organización que dirigen de estos mecanismos y si no lo hacen habrán quebrantado sus deberes de diligencia y lealtad hacia ella y serán responsables de los daños causados.

9. La exposición, a grandes rasgos, de cómo funcionan y a qué responden los criterios de imputación criminal de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en los Estados Unidos y cuáles son sus efectos, nos ha permitido conseguir lo que pretendíamos con este estudio: exponer cuáles son las soluciones que su sistema penal y procesal penal ha hallado para muchos de los problemas que, con carácter general, plantea la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas, cualquiera que sea el modelo por el que optemos. Y ello desde el constante reconocimiento de las propias limitaciones del sistema, que ni se ocultan, ni se maquillan ni se tratan de circunvalar, sencillamente, se afrontan, con más o menos éxito. Ciertamente los fundamentos que explican el modelo estadounidense y los principios que lo inspiran pueden resultarnos, en ocasiones, sorprendentes, pero nunca lejanos pues no han impedido que un ordenamiento como el nuestro –y desde luego no es el único entre los europeos- pueda terminar alcanzando idénticas soluciones a las ya existentes en el sistema de los Estados Unidos, aunque con distinta justificación dogmática. El desarrollo normativo de los presupuestos de los programas de cumplimiento o de organización y gestión es un ejemplo evidente. Girar la vista al otro lado del Atlántico resulta más interesante y esclarecedor que nunca.



## BIBLIOGRAFÍA

- Abikoff, Kevin T., *Corporate Governance: avoiding and responding to misconduct*, Law Journal Press, 2013 (versión electrónica).
- Abramson, Brian Dean, «Why the Limited Liability Company should sound the Death Knell of the Application of the "Nexus of Contracts" Theory to Corporations», *1 FIU L. Rev.* 185 (2006).
- Abril, Patricia S. y Olazabal M., Ann, «The Locus of Corporate Scienler», *2006 Colum. Bus. L. Rev.* 81 (2006).
- Adelman, Lynn S., Gertner, Nancy, Kopf, Richard G., Lynch, Gerard E. y Presnell Gregory A., «Federal Sentencing Under "Advisory" Guidelines: Observations by District Judges», *75 Fordham L. Rev.* 1 (2006).
- Ainslie, Elizabeth K., «Indicting Corporations Revisited: Lessons of the Arthur Andersen Prosecution», *43 Am. Crim. L. Rev.* 107 (2006).
- Alschuler, Albert W., «Two ways to Think about the Punishments of Corporations», *46 Am. Crim. L. Rev.* 1359 (2009).
- Álvarez, Arjona, José y Carrasco, Perera, Ángel (Directores), *Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, 1ª ed., 2004.
- Amster, Glenn J., «Notes. Labor Union Bankruptcy», *1978 Wash. U. L. Q.* 341 (1978), p. 351.
- Anderson, Douglas, «Corporate Homicide: The Stark Realities of Artificial Beings and Legal Fictions», *8 Pepp. L. Rev.* 367 (1981).
- Androphy, Joel M., «General Corporate Criminal Liability», *60 Tex. B.J.* 121 (1997).
- Areeda, Phillip, «Intra Enterprise Conspiracy in Decline», *97 Harv. L. Rev.* 451 (1983).
- Arkin, Stanley S., *Business Crime: Criminal Liability of the Business Community*, Matthew Bender & Company Inc., 2013 (versión electronica).
- Arlen, Jennifer y Kraakman, Reinier, «Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporate Liability Regimes», *72 N.Y.U. L. Rev.* 687 (1997).
- Arlen, Jennifer, «The Failure of the Organizacional Sentencing Guidelines», *66 U. Miami L. Rev.* 321 (2012).
- Ashcroft, John y Ratcliffe, John, «The Recent and Unusual Evolution of an Expanding FCPA», *26 Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y* 25 (2012).
- Baer, Miriam H., «Governing Corporate Compliance», *B.C. L. Rev.* 949 (2009).

- Bainbridge, Stephen M., Lopez, Star y Oklan, Benjamin, «The Convergence of Good Faith and Oversight», 55 *UCLA L. Rev.* 559 (2008).
- Bainbridge, Stephen M., *Corporate Law*, 2ª ed., 2009.
- Bainbridge, Stephen M., «Caremark and Enterprise Risk Management», 34 *J. Corp. L.* 967 (2009).
- Bainbridge, Stephen, M. «The Board of Directors as Nexus of Contracts», 88 *Iowa L. Rev.* 1 (2002).
- Baird, Andrew C., «The New Park Doctrine: Missing the Mark», 91 *N.C. L. Rev.* 949 (2013).
- Baker, John S., «Reforming Corporation through Threats of Federal Prosecutions», 89 *Cornell. L. R.*, 310 (2004).
- Baker, Mark, B., «Private Codes of Corporate Conduct: Should the Fox Guard the Henhouse?», 24 *U. Miami Inter-Am. L. Rev.* 399 (1993).
- Banoun R., Lewis E. F., Guerin Thomas M. y Turza Dale D., «2011- A Year in review», en *The State of Criminal Justice, 2012*, American Bar Association. Criminal Justice Section, mayo, 2012.
- Baron-Evans, Amy y Stith, Kate, «Booker Rules», 160 *U. Pa. L. Rev.* 1631 (2012).
- Barrf, Michael S., «The Financial Crisis and the Path of Reform», 29 *Yale J. on Reg.* 91 (2012).
- Barta, James A. y Chapman, Julia, «Foreign Corrupt Practices Act», 49 *Am. Crim. L. Rev.* 825 (2012).
- Bayne, Cowan David, «The Insider's Natural-Law Duty: *Chestman* and the 'Misappropriation Theory'», 43 *U. Kan. L. Rev.* 79 (1994).
- Berry, Sean, «Revised Principles of Federal Prosecutions of Business Organizations: An Overview», *United States Attorneys' Bulletin*, volumen 51, nº 6, noviembre 2003.
- Beale, Sara S., «The Development and Evolution of the U.S. Law of Corporate Criminal Liability», enero, 2014, p. 4 (este fue el texto presentado por la autora en una conferencia dada en las *German Conference on Comparative Law*, que se celebraron en Marburg, Alemania, en septiembre del 2013).
- Bednarz, Michael A., «Let's Be Frank: The Future Direction of Controlling Person Liability Remains Uncertain», 46 *Suffolk U. L. Rev.* 551 (2013).
- Becker, Brian R., «Corporate Successor Criminal Liability: The Real Crime», 19 *Am. J. Crim. L.* 435 (1992).

- Berle, Adolf A. y Means, Gardiner C., *The Modern Corporation and Private Property*, 1ª ed., (1932).
- Bernard, T.J., «The Historical Development of Corporate Criminal Liability», 22 *Criminology* 3 (1984).
- Bernatt, James, «The Criminal Liability of American Municipal Corporations», 17 *Or. L. Rev.* 289 (1937-1938).
- Bednarz, Michael A., «Let's Be Frank: The Future Direction of Controlling Person Liability Remains Uncertain», 46 *Suffolk U. L. Rev.* 551 (2013).
- Bharara, Preet, «Corporation Cry Uncle and Their Employees Cry Foul: Rethinking Prosecutorial Pressure on Corporate Defendants», 44 *Am. Crim. L. Rev.* 53 (2007).
- Bibas, Stephanos, «Regulating the Plea-Bargaining Market: From Caveat Emptor to Consumer Protection», 99 *Cal. L. Review*, 1117 (2011).
- Biegelman, Martin T. y Bartow, Joel T., *Executive Roadmap to Fraud Prevention and Internal Control: Creating a Culture of Compliance*, 2ª ed., 2012.
- Bies, Robert J., «Reducing Criminal Wrongdoing within Business Organizations: The Practice and Political Skills of Integrity», 51 *Am. Crim. L. Rev.* 225 (2014).
- Bixby, Michael B. «Workplace Homicide: Trends, Issues, and Policy», 70 *Or. L. Rev.* 333 (1991).
- Bixby, Michael B., «The Lion Awakens: The Foreign Corrupt Practices Act 1977 to 2010», 12 *San Diego Int'l L.J.* 89 (2010).
- Blair, Margaret M., «Reforming Corporate Governance: What History Can Teach Us», 1 *Berkeley Bus. L.J.* 1 (2004).
- Blair, Margaret M., «Corporate Personhood and the Corporate Person», 2013 *U. Ill. L. Rev.* 785 (2013).
- Blount, Justin y Markel, Spencer, «The End of the Internal Compliance World as we know it, or an Enhancement of the Effectiveness of Securities Law enforcement? Bounty Hunting under the Dodd- Frank act's whistleblower provision», 17 *Fordham J. Corp. & Fin. L.* 1023 (2012).
- Blumberg P. I., Strasser K. A, Georgakopoulos N.L, Gouvin E. J. y Fowler J. W., *Blumberg on Corporate Groups*, 2ª ed., 2005 (actualizado abril 2014).
- Bondi, Bradley J. y Lofchie, Steven D., «The Law of Insider Trading: Legal Theories, Common Defenses, and Best Practices for Ensuring Compliance», 8 *N.Y.U. J. L. & Bus.* 151 (2011).



- Bonstead, Chad, «Removing the FCPA Facilitation Payments Exception: Enforcement tools for a cleaner business as usual», 36 *Hous. J. Int'l L.* 503 (2014).
- Boozang, Kathleen M. «Responsible Corporate Officer Doctrine: When is falling down on the job a crime?, 6 *St. Louis U. J. Health L. & Pol'y* 77 (2012).
- Brantley, Steve, «Ratzlaf v. United States: Sometimes Ignorance of the Law is an Excuse», 45 *Mercer L. Rev.* 1465 (1994).
- Brye, Daniel R., «The Culpability of Corporate Officer under the Clawback Provision of Sarbanes-Oxley in a post-Jenkins world», 12 *J. Bus. & Sec. L.* 1 (2011-2012).
- Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Accountability: A Brief History and An Observation», 60 *Wash. U. L. Q.*, 393 (1982).
- Brickey, Kathleen F., «Criminal Liability of Corporate Officers for Strict Liability Offenses. Another View», 35 *Vand. L. Rev.* 1337 (1982).
- Brickey, Kathleen F., «Conspiracy, Group Danger and Corporate Defendant», 52 *U. Cin. L. Rev.* 431 (1983).
- Brickey, Kathleen F., «Corporate Criminal Liability: A Primer for Corporate Counsel», 40 *Bus. Law* 129 (1984).
- Brickey, Kathleen F., «Rethinking Corporate Liability Under The Model Penal Code», 19 *Rutgers L.J.*, 593 (1988).
- Brickey, Kathleen F., «Death in the Workplace: Corporate Liability for Criminal Homicide», 2 *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y* 753 (1987).
- Brickey, Kathleen F., *Corporate Criminal Liability. A Treatise on the Criminal Liability of Corporations, their Officers and Agents*, 2ª ed., 1992 (actualizado a diciembre de 2012).
- Brickey, Kathleen F., «Close Corporations and the Criminal Law: On "Mom and Pop" and a curious rule», 71 *Wash. U. L. Q.* 189 (1993).
- Brickey, Kathleen F., «Criminal Mischief: The Federalization of American Criminal Law», 46 *Hastings L.J.* 1135 (1995).
- Brickey, Kathleen F., «Andersen's Fall from Grace», 81 *Wash. U. L. Q.* 917 (2003).
- Brickey, Kathleen F., «Enron's Legacy» 8 *Buff. Crim. L. Rev.* 221 (2004).
- Brickey, Kathleen F., *Corporate and White Collar Crime, Cases and Materials*, 5ª ed., 2011.
- Brickey, Kathleen F., «Perspectives on Corporate Criminal Liability», *Legal Studies Research Paper Series*, Research Paper No. 12-01-2012.
- Brodsky, Edward y Adamski, Patricia, *Law of Corporate Officer and Directors. Rights, Duties and Liabilities*, 5ª ed., 2013.

- Broseta, Pont, Manuel y Martínez, Sanz, Fernando, *Manual de Derecho Mercantil*, 18<sup>a</sup> ed., 2011.
- Brown, H. Lowell, «The Foreign Corrupt Practices Act Redux: The Anti-Bribery Provisions of the Foreign Corrupt Practices Act», *12 Int'l Tax & Bus. Law* 260 (1994).
- Brown, H. Lowell, «Vicarious Criminal Liability of Corporation for the acts of their Employees and Agents», *41 Loy. L. Rev.* 279 (1995).
- Brown, H. Lowell, «Successor Corporate Criminal Liability: The Emerging Federal Common Law», *49 Ark. L. Rev.* 469 (1996).
- Brown, H. Lowell, «Parent- Subsidiary Liability under the Foreign Corrupt Practices Act», *50 Baylor L. Rev.* 1 (1998).
- Brown, H. Lowell, «Extraterritorial Jurisdiction Under de 1998 Amendments to the Foreign Corrupt Practices Acts: Does The Government's Reach Now Exceed Its Grasp?», *26 N.C.J. Int'l L. & Com. Reg.* 239 (2001).
- Brown, H. Lowell, «The Extraterritorial Reach of the U.S. Government's Campaign Against International Bribery», *22 Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 407 (1999).
- Brown, Sandra R. y Moore Thomas, «Key Things to Know in Prosecuting Criminal Tax Cases: A View from the U.S. Attorneys' Offices», *United States Attorneys' Bulletin*, marzo 2013.
- Bruner, Christopher M., «Is the Corporate Director's Duty of Care a "Fiduciary Duty? Does it Matter?», *48 Wake Forest L. Rev.* 1027 (2013).
- Bucy, Pamela H., «Corporate Ethos: A Standard for Imposing Corporate Criminal Liability», *75 Minn. L. Rev.* 1095 (1991).
- Bucy, Pamela H., «Criminal Tax Fraud: The Downfall of Murderers, Madams and Thieves», *29 Ariz. St. L.J.* 639 (1997).
- Bucy, Pamela H., «Corporate Criminal Liability, When does it make sense?», *46 Am. Crim. L. Rev.* 1437 (2009).
- Bucy, Pamela, «Why punish? Trends in Corporate Criminal Prosecutions», *44 Am. Crim. L. Rev.* 1287 (2007).
- Buell, Samuel W., «Criminal Procedure within the Firm», *59 Stan. L. Rev.* 1613 (2007).
- Burns, Amanda, Gieringer, Francis, McAleer, David y Mirabal, Michelle, «Environmental Crimes», *50 Am. Crim. L. Rev.* 857 (2013).
- Callison, J. William, *Partnership Law and Practice: General and Limited Partnerships*, 4<sup>a</sup> ed., 2014.

- Carpenter, Catherine L., «On Statutory Rape, Strict Liability, and the Public Welfare Offense Model», *53 Am. U. L. Rev.* 313 (2003).
- Carr, Brian J., «Culpable Intent Required For All Criminal Insider Trading Convictions After United States v O'Hagan», *40 B.D.L. Rev.* 1187 (1990).
- Carr, Cecil Thomas, «Early Forms of Corporateness», *Select Essays in Anglo- American Legal History* (1909).
- Carter, Michael, «Successor Liability under CERCLA: It's Time to Fully Embrace State Law», *156 U. Pa. L. Rev.* 767 (2008).
- Chemerinsky, Erwin, «Against Sovereign Immunity», *53 Stan. L. Rev.* 1201 (2001).
- Chemerinsky, Erwin, *Federal Jurisdiction*, 6ª ed., 2012.
- Clark, Glenn A., «Corporate Homicide: A New Assault on Corporate Decision-making», *54 Notre Dame L.* 911 (1979).
- Clark, Stephen, «Insider Trading and Financial Economics: Where Do We Go From Here?», *16 Stan. J.L. Bus. & Fin.* 43 (2010).
- Clinard, Marshall B. y Yeager, Peter C., *Corporate Crime*, 2ª ed., 2006.
- Conley, John M., Williams, Cynthia A., «The Corporate Social Responsibility Movement as an Ethnographic Problem», (October 16, 2008). *UNC Legal Studies Research Paper* No. 1285631.
- Coffee, John C., «"No soul to Damn: No body to Pick": An Unscandalized Inquiry into The Problem of Corporate Punishment», *79 Mich. L. Rev.* 386 (1981).
- Coffee, John C. Jr., «Corporate Crime and Punishment: A Non-Chicago View of the Economics of Criminal Sanctions», *17 Am. Crim. L. Rev.* 419 (1980).
- Coffee, John C. Jr., «Does "Unlawful" Mean "Criminal"?: Reflections on the Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law», *71 B.U. L. Rev.* 193 (1991).
- Coffee, John C. Jr., «Introduction Mapping the future of Insider Trading Law: of boundaries, gaps, and strategies», *2013 Colum. Bus. L. Rev.* 281 (2013).
- Cox, James D. y Hazen, Thomas Lee, *Corporation Law*, 1ª ed., 2012.
- Craine, Patrick y Kell, Lashon, «Prosecuting Insider Trading: Recent Developments and Novel Approaches», *59 Advocate Texas* 45 (2012).
- Crane, Judson, A, «The Uniform Partnership Act and Legal Persons» *29 Harv. L. Rev.* 838 (1915).
- Christy, Ryan A, «Redefining the Juridical Person: Examining the Business Trust and Other Unincorporated Associations for Citizenship Purposes», *6 Duq. Bus. L.J.* 137 (2004).

- Colson, Clyde L., «The Doctrine of *Ultra Vires* in United States Courts Decisions», 42 *W. Va. L. Q.* 179 (1936).
- Court E. y Lichy, Albert D., «The "Too Big to Jail" Effect and the Impact on the Justice Department's Corporate Charging Policy », 65 *Hastings L.J.* 1293 (2014).
- Crimmins, Stephen J., «Insider Trading: Where is The Line?», 2013 *Colum. Bus. L. Rev.* 330 (2013).
- Cupp, Richard L. Jr., «Redesigning Successor Liability», 1999 *U. Ill. L. Rev.* 845 (1999).
- Cupp, Richard L. Jr. y Frost, Christopher L., «Successor Liability for Defective Products: A Redesign Ongoing», 72 *Brook. L. Rev.* 1173 (2007)
- Davis, Wendy B., «De facto merger, Federal Common Law, and *Erie*: Constitutional Issues in Successor Liability», 2008 *Colum. Bus. L. Rev.* 529 (2008).
- Dent, George W. Jr., «Why Legalized Insider Trading would be a Disaster?, 38 *Del. J. Corp. L.* 247 (2013).
- Dewey, John, «The Historic Background of Corporate Legal Personality», 35 *Yale L. J.* 655 (1926).
- Deming, Stuart H., «FCPA Prosecutions. The Critical Role of the Accounting and Recordkeeping Provisions», 2010 *Bus. L. Today* 1 (2010).
- Diamond, John L., Levine Lawrence C. y Bernstein Anita, *Understanding Torts*, 5ª ed., 2013.
- Diskant, Edward B., «Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring the Uniquely American Doctrine through Comparative Criminal Procedure», 118 *Yale L. J.*, 126 (2008).
- Dolan, James y Rebeck, Richard, «Notes, Corporate Criminal Liability for Acts in Violation of Company Policy», 50 *Geo. L. J.* 547 (1961).
- Donnelly, Peter M., «Notes. The Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act of 1988 and Controlling Person Liability: Can Firms Outside the Securities Industry Risk Not to Adopt Insider Trading Safeguard?, 67 *U. Det. L. Rev.* 261 (1990).
- Dressler, Josua, *Understanding Criminal Law*, 7ª ed., 2012.
- Easterbrook, Frank H. y Fischel, Daniel R., «The Corporate Contract», 89 *Colum. L. Rev.* 1416 (1989).
- Eastman, Lindsay K., «Note. Revising the Organizational Sentencing Guidelines to Eliminate the Focus on Compliance Programs and Cooperation in Determining Corporate Sentence Mitigation», 94 *Minn. L. Rev.* 1620 (2010).
- Edelman, Peter T., «Corporate Criminal Liability for Homicide: The Need to Punish Both the Corporate Entity and its Officers», 92 *Dick. L. Rev.* 193 (1987).

- Edgerton, Henry, W., «Corporate Criminal Responsibility», 36 *Yale L. J.* 827 (1927).
- Eisenberg, Melvin A., «The Duty of Care of Corporate Directors and Officers», 51 *U. Pitt. L. Rev.* 945 (1990).
- Eisenberg, Melvin A., «The Duty of Good Faith in Corporate Law», 31 *Del. J. Corp. L.* 1 (2006).
- Elkins, James. R., «Corporations and the Criminal Law: An Uneasy Alliance», 65 *Ky. L.J.* 73 (1976).
- Emanuel, Steven L., *Corporations*, 4ª ed., 2009.
- Emanuel, Steven L., *Criminal Law*, 7ª ed., 2010.
- Emanuel, Steven L., *Constitucional Law*, 29ª ed., 2011.
- Emanuel, Steven L., *Torts*, 9ª ed., 2011.
- Emanuel, Steven L., *Criminal Procedure*, 29ª ed., 2012.
- Epstein, Richard, «Deferred Prosecution Agreements on Trial», en *Prosecutors in the Boardroom: Using Criminal Law to regulate*, (editors Anthony S. y Rachel E. Barkow), NYU Press, 2011.
- Ernest E., *A Primer on Government and Internal Investigations*, Fox Rothschild L.L.P., 2011.
- Evans, Frank, «The Evolution of the English Joint Stock Limited Trading Company», 8 *Colum. L. Rev.* 339 (1908).
- Evans, Cheryl L., «The Case for more Rational Corporate Criminal Liability: Where do we go from here?», 41 *Stetson L. Rev.* 21 (2011).
- Feld, Kayla, «Controlling the Prosecution of Bribery: Applying Corporate Law Principles to define a "foreign official" in the Foreign Corrupt Practices Act», 88 *Wash. L. Rev.* 245 (2013).
- Fellmeth, Aaron, Xavier, «Cure Without a Disease: The Emerging Doctrine of Successor Liability in International Trade Regulation», 31 *The Yale Journal of International Law* 126 (2006).
- Felsenthal, Adam, «The Blindsided Insider: Insider Trading Liability for Supervising a Rogue Trader», 61 *Clev. St. L. Rev.* 167 (2013).
- Ferrara, Ralph C. y Sanger, Diane, «Derivative Liability in Securities law: Controlling Person Liability, Respondeat Superior, and Aiding and Abetting», 40 *Wash. & Lee L. Rev.* 1007 (1983).
- Ferrara, Ralph C., Nagy, Donna M. y Thomas, Herbert, *Ferrara on Insider Trading and The Wall*, ALM Media Properties LLC, 2013 (versión electrónica).

- Ferraro, Eugene, *Investigation in the workplace*, 2ª ed., 2012.
- Fessler, Jennifer L., «State Sovereign Immunity and Intellectual Property: An Evaluation of the Trademark Remedy Clarification Act's Attempt to Subject States to Suit in Federal Court for Trademark infringements under the Lanham Act», 3 S. *New Eng. Roundtable Symp. L.J.* 49 (2008).
- Fink, Robert S., *Tax Controversies: Audits, Investigations, Trials*, Matthew Bender, 2013, (versión electrónica).
- Fisse, Brent, «Reconstructing Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault, and Sanctions», 56 S. *Cal. L. Rev.* 1141 (1983).
- Fishman, James J. y Shwarz, Stephen, *Non Profit Organizations. Statutes. Regulations and Forms*, 3ª ed., 2010.
- Fiorelli, Paul, «Will U.S Sentencing Commission Amendments Encourage a New Ethical Culture within Organizations?», 39 *Wake Forest L. Rev.* 565 (2004).
- Fiorelli, Paul y Tracey, Ann M., «Why Comply? Organizational Guidelines Offer a Safer Harbour in the Storm», 32 *J. Corp. L.* 467 (2007).
- Floyd, John E., *Rico State by State. A guide to Litigation under State Racketeering Statutes*, 2ª ed., 2011.
- Foerschler, Ann, «Corporate Criminal Intent: Toward a Better Understanding of Corporate Misconduct», 78 *Cal. L. Rev.* 1287 (1990).
- Ford, Cristie y Hess, David, «Can Corporate Monitorships Improve Corporate Compliance?», 34 *J. Corp. L.* 679 (2009).
- Fox, Eleanor M. y Fox, Byron E., *Corporate Acquisitions and Mergers*, Matthew Bender & Company Inc., 2013. (versión electrónica).
- Fried, Jesse y Shilon, Nitzan, «Excess-Pay Clawbacks», 36 *J. Corp. L.* 721 (2011).
- Friedman, Lawrence M., *American Law in the Twentieth Century*, 1ª ed., 2002.
- Friedman, Lawrence M., *History of American Law*, 3ª ed., 2005.
- Friedman, Howard M. «The Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act of 1988», 68 *N.C. L. Rev.* 465 (1990).
- Froomkin, Michael, «Reinventing the Government Corporation», 1995 *U. Ill. L. Rev.* 543 (1995).
- Funk, T. Markus y Clark. Assad H., «Whistleblowers: The SEC releases whistleblowers bounty rules- so now that?» en *The State of Criminal Justice*, 2012, American Bar Association. Criminal Justice Section, mayo, 2012.

- Gallo, John N. y Greenfield, Daniel M., «Corporate Criminal Defendant's Illusory Right to Trial: A Proposal for Reform», *28 Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y* 525 (2014).
- Gallogly, Terrance, «Enforcing the Clawback Provision: Preventing the Evasion of Liability Under Section 954 of the Dodd- Frank Act», *42 Seton Hall L. Rev.* 1229 (2012).
- Gans, David H., Kendall, Douglas T., «A capitalist Joker: The Strange Origins, Disturbing Past, and Uncertain Future of Corporate Personhood in American Law», *44 J. Marshall L. Rev.* 643 (2011).
- Garner, Bryan A., *Black's Law Dictionary*, 9ª ed., 2009.
- Garret, Brandon L., *Too Big to Jail. How Prosecutors compromise with Corporations*, Harvard University Press, 2014.
- Garrett, Brandon L., «Globalized Corporate Prosecutions», *97 Va. L. Rev.* 1775 (2011).
- Gates, Brianna L., «The SEC on a Forum Shopping Spree: SEC Enforcement Power and Control Person Liability After Dodd–Frank», *99 Iowa L. Rev.* 393 (2013).
- Gilchrist, Gregory M., «Condemnation Without Basis: An Expressive Failure of Corporate Prosecutions», *64 Hastings L. J.* 1121 (2013).
- Gold, Andrew, «The New Concept of Loyalty in Corporate Law» *43 U.C Davis L. Review* 457 (2009).
- Gold, Noah A., «Corporate Criminal Liability: Cooperate, and You Won't Be Indicted», *8 Geo. J.L. & Pub. Pol'y* 147 (2010).
- Golumbic, Court E., Lichy y Albert D., «The “Too Big to Jail”: Effect and the Impact on the Justice Department’s Corporate Charging Policy», *65 Hastings L.J.* 1293 (2014).
- Goldstraw-White, Janice, *White Collar Crime: Accounts of Offending Behaviour*, 1ª ed., 2011.
- Goodman, Amy L., Schwartz Bar y Haas, Steven M., *Corporate Governance: Law and Practice*, Matthew Bender & Company, 2013 (versión electrónica).
- Gorman, Thomas O., «Emerging Trends in FCPA enforcement», *37 Fordham Int'l L.J.* 1193 (2014).
- Grabosky P. y Walkley S., «Computer Crime and White Collar Crime», en *Internacional Handbook of White-Collar and Corporate Crime*, Pontel, Henry N. y Geis, Gilbert (editors), 2007, p. 360 (versión electrónica).
- Graver, David, «Personal Bodies: A Corporeal Theory Of Corporate Personhood», *6 U. Chi. L. Sch. Roundtable* 235 (1999).

- Green, Bruce A., «Right to Plea Bargain with Competent Counsel after Cooper and Frye: Is the Supreme Court Making the Ordinary Criminal Process Too Long, Too Expensive, and Unpredictable in Pursuit of Perfect Justice», *51 Duq. L. Rev.* 735 (2013).
- Green, Bruce A. y Podgor, Ellen S., «Unregulated Internal Investigations: Achieving Fairness for Corporate Constituents», *54 B.C. L. Rev.* 73 (2013).
- Greenberg, Joshua D. y Brotman, Ellen C., «Strict Vicarious Liability for Corporations and Corporates Executives: Stretching the Boundaries of Criminalization», *51 Am. Crim. L. Rev.*, 79, (2014).
- Green, Stuart P., «The Criminal Prosecution of Local Governments», *72 N.C. L. Rev.* 1197 (1994).
- Green, Stuart P., *Lying, Cheating and Stealing. A Moral Theory of White Collar Crime*, 3ª ed., 2007.
- Gregg, Ellen M., «Antitrust-repudiation of the Intraenterprise Conspiracy Doctrine. Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.», *7 Campbell L. Rev.* 369 (1985).
- Grimm, Daniel J., «The Foreign Corrupt Practices Act in Merger and Acquisition Transactions: Successor Liability and Its Consequences», *7 N.Y.U. J. L. & Bus.* 247 (2010).
- Grogan, Jeffrey, P., «Corporations Can Kill too: After Film Recovery, Are Individuals Accountable for Corporate Crimes?», *19 Loy. L. A. L. Rev.* 1411 (1986).
- Gruner, Richard, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, Law Journal Press, 2013 (versión electrónica).
- Hager, Mark M., «Bodies Politic: The Progressive History of Organizational "Real Entity" Theory», *50 U. Pitt. L. Rev.* 575 (1989).
- Hamdani, Assaf y Klement Alon, «Corporate Crime and Deterrence», *61 Stan. L. Rev.* 271 (2008).
- Hamilton, Adelbert, «Indictment of Corporations», *6 Crim. L. Mag.* 315, (1885).
- Hamilton, Robert W. y Freer, Richard D., *The Law of Corporations in a Nutshell*, 6ª ed., 2011.
- Handlin, Oscar y Hadlin Mari F., «Origins of American Business Corporation», *5 Journal of Economic History* 1 (1945).
- Hansberry, Heidi L., «Comments. In spite of its good intentions, the Dodd- Frank act has creates an FCPA Monster», *102 J. Crim. L. & Criminology* 195 (2012).
- Hansmann, Henry y Mattei, Ugo, «The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis», *73 N.Y.U. L. Rev.* 434 (1998).



- Hansmann, Henry y Kraakman, Reinier, «Organizational Law as Asset Partitioning», 44 *European Economic Rev.* 807 (2000).
- Harbour Laurel J. y Johnson, Natalya Y., «Can a Corporation Commit Manslaught? Developments in the United Kingdom and The United States», 73 *Def Couns. J.* 226 (2006).
- Harlow, James W., «Notes. Corporate Criminal Liability for Homicide; a Statutory Framework», 61 *Duke J. Law* 123 (2011).
- Harris, Lee, *Mastering Corporations and other Business Entities*, 1ª ed., 2009.
- Harris, Ron, «The Bubble Act: Its Passage and Its Effects on Business Organization», 54 *The Journal of Economic History* 610 (1994).
- Harris Ron, «The Transplantation of the Legal Discourse on Corporate Personality Theories: From German Codification to British Political Pluralism and American Big Business», 63 *Wash. & Lee L. Rev.* 1421 (2006).
- Hasnas, John, «A Context for Evaluating Department of Justice Policy on the Prosecution of Business Organizations: is the Department of Justice Playing in the Right Ball Park?», 51 *Am. Crim. L. Rev.* 7 (2014).
- Hawkin, Andrew T., «Federal Supremacy, Sovereign Immunity, and Cooperative Federalism. The Relationship between Facilities and States Environmental Law», 5 *Tech. J. Tex. Admin. L.* 63 (2004).
- Hedgerton, Henry W., «Corporate Criminal Responsibility », 36 *Yale L. J.* 827 (1927).
- Henning, Peter J., «Corporate Criminal Liability and the Potential for Rehabilitation», 46 *Am. Crim. L. Rev.* 1417 (2009).
- Henning, Peter J., Taslitz, Andrew, Paris, Margaret L., Jones, Cynthia E. y Podgor Ellen S., *Mastering Criminal Procedure*, 1ª ed., 2010.
- Hess, David, «A Business Ethics Perspective on Sarbanes-Oxley and the Organizational Sentencing Guidelines», 105 *Mich. L. Rev.* 1781 (2007).
- Hill, Claire A. y McDonnell, Brett H., «Reconsidering Board Oversight Duties after the Financial Crisis», 2013 *U. Ill. L. Rev.* 859 (2013).
- Hines, Christopher T., «Returning to First Principles of Privilege Law: Focusing on the Facts in Internal Corporate Investigations», 60 *U. Kan. L. Rev.* 33 (2011).
- Hixson, Tiffany A., «Notes: The Revised Uniform Partnership act-breaking UP (Or breaking off) is hard to do: Why the right to "Liquidation" does not guarantee a forced sale upon dissolution of the partnership», 31 *W. New Eng. L. Rev.* 79 (2009).

- Hobbs, Diane, «Personal Liability of Director of Federal Government Corporations», 30 *Case W. Res. L. Rev.* 733 (1980).
- Hoffman, Susan, «Corporate Criminal Liability for Intracorporate Conspiracy», 72 *Ky. L.J.* 225 (1983-1984).
- Holdsworth, W. S., «English Corporation Law in the 16<sup>th</sup> and 17<sup>th</sup> Century», 31 *Yale L.J.* 382 (1921).
- Horwitz, Morton J., «Santa Clara Revisited: The Development of Corporate Theory», 88 *W. Va. L. Rev.* 173 (1986).
- Hovenkamp, Herbert J., «The First Great Law & Economics Movement», 42 *Stanford L. Rev.* 993 (1990).
- Hristova, Mirela V., «The Case for Insider-Trading Criminalization and Sentencing Reform», 13 *Transactions Tenn. J. Bus. L.* 267 (2012).
- Hsue, Patricia B., «Comments. Lesson from United States v. Stein: Is the Line between Criminal and Civil Sanctions for Illegal Tax Shelters a Dot?», 102 *Nw. U. L. Rev.* 903 (2008).
- Huddleston, Tyler, «Say on Pay in the Dodd- Frank Act: Implications on the Results in the United Kingdom», 11 *Wash. U. Global Stud. L. Rev.* 483 (2012).
- Hudson, Alastair, *Understanding Equity and Trusts*, 4<sup>a</sup> ed., 2013.
- Humbach, John, «Director Liability for Corporate Crimes: Lawyers as Safe Haven?», 55 *N.Y. L. Sch. L. Rev.* 437 (2010-2011).
- Huskins, Priya C., «FCPA Prosecutions: Liability Trend to Watch», 60 *Stan. L. Rev.* 1447 (2008).
- Johnson, Lyman, «Unsettledness in Delaware Corporation Law: Business Judgment Rule, Corporate Purpose», 38 *Del. J. Corp. L.* 405 (2013)
- Johnson, Lyman, «Law and Legal Theory in the History of Corporate Responsibility: Corporate Personhood», 35 *Seattle U. L. Rev.* 1135 (2012).
- Jonkers, Reid, «Recent Trends in FCPA Enforcement», *Envtl. & Energy L. & Pol'y J.* 297 (2009).
- Kaal, Wulf A. y Painter, Richard W., «Initial Reflections on an Evolving Standard: Constraints on Risk Taking by Directors and Officers in Germany and the United States», 40 *Seton Hall L. Rev.* 1433 (2010).
- Kamisar, Yale, LaFave, Wayne R., Israel, Jerold H., King Nancy J. y Kerr Orin S., *Modern Criminal Procedure. Cases-Comments-Questions*, 12<sup>a</sup> ed., 2008 (actualizado al 2011).

- Kaptein, Muel y Schwartz, Mark, «The Effectiveness of Business Codes: A Critical Examination of Existing Studies and the Development of an Integrated Research Model», 2007, ERIM Report Series, Reference No. ERS-2007-030-ORG. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=988844>.
- Kaswell, Stuart J., «An Insider's View of the Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act of 1988», *45 Bus. Law* 145 (1989).
- Khanna, V.S., «Corporate Criminal Liability: What Purpose Does it Serve?», *7 Harv.L. Rev.* 109 (1996).
- Khanna, V.S., «Is the Notion of Corporate Fault a Faulty Notion: The Case of Corporate Mens Rea», *79 B.U. L. Rev.* 355 (1999).
- Khanna, V.S., «Corporate Liability Standards: When a Corporation be held Criminally Liable?», *37 Am. Crim. L. Rev.* 1239 (2000).
- Khanna, V.S., «Corporate Crime Legislation: A Political Economy Analysis», *82 Wash. U. L. Q.* 95 (2004).
- Khanna, V.S., «Reforming the Corporate Monitor?», en *Prosecutors in the Boardroom: Using Criminal Law to regulate*, (editors Anthony S. y Rachel E. Barkow), NYU Press, 2011.
- Kilt, Sung Hui, «The Last Temptation of Congress: Legislator Insider Trading and the Fiduciary Norm Against Corruption», *98 Cornell L. Rev.* 845 (2013).
- Knepper, William E. y Bailey, Dan A., *Liability of Corporate Officers and Directors*, 8ª ed. 2012 (versión electrónica).
- Koehler, Mike, «A Foreign Corrupt Practice Act Narrative», *22 Mich. St. J. Int'l L.* 961 (2014).
- Koehler, Mike, «Revisiting A Foreign Corrupt Practices Act Compliance Defense», *2012 Wis. L. Rev.* 609 (2012).
- Koehler, Mike, «The Foreign Corrupt Practices Act Under the Microscope», *15 U. Pa. J. Bus. L.* 1 (2012).
- Koehler, Mike, «Grading the Foreign Corrupt Practices Act Guidance», *7 White Collar Crime Report* 961 (dic. 2012).
- Koehler, Mike, «Unique FCPA Compliance Challenges of Doing Business in China», *25 Wis. Int'l L. J.* 397 (2007).
- King, Nancy J., «Reasonableness Review After Booker», *43 Houston L. Rev.* 325 (2006).

- Kircher, Ashley S., «Notes. Corporate Criminal Liability versus Corporates Securities Fraud Liability: Analyzing the Divergence in Standards of Culpability», *46 Am. Crim. L. Rev.* 157 (2009).
  - Kleinberger, Daniel S., *Agency, Partnerships and LLCs*, 3<sup>a</sup> ed., 2008.
  - Krannich, Jess M., «The Corporate "Person": A New Analytical Approach to a Flawed Method of Constitutional Interpretation», *37 Loy. U. Chi. L.J.* 61 (2005).
  - Krever, Tor, «Curbing Corruption? The Efficacy of the Foreign Corrupt Practices Act», *33 N.C.J. Int'l L. & Com. Reg.* 83 (2007).
  - Kochan, Donald J., «Corporate Social Responsibility in a Remedy-Seeking Society: A Public Choice Perspective», *17 Chap. L. Rev.* 413 (2014).
  - Kuney, George W., «Jerry Phillips' Product Line Continuity and Successor Liability: Where are we twenty years later?», *72 Tenn. L. Rev.* 777 (2005).
  - Kuney, George W., «Taxonomy and Evaluation of Successor Liability», *6 Bus. L. Rev.* 9 (2007).
  - Kurland, Adam H., *Successive Criminal Prosecutions: the Dual Sovereignty Exception to Double Jeopardy in State and Federal Courts*, 1<sup>a</sup> ed., 2001.
  - Jamison, Eric M, «The Juxtaposition of Corporate Social Responsibility Initiative and the Pursuit of Corporate Wealth Maximization», *57 Wayne L. Rev.* 1457 (2011).
  - LaFave, Wayne R., *Criminal Law*, 5<sup>a</sup> ed., 2010.
  - Lamb, Jared, «Prosecuting a Corporate Ghost: Federal Courts and Dissolved State Corporations», *27 Crim. Just.* 39 (2012).
  - Lanahant, Maria A., «Amongst the "Waives": Whether Sovereign Immunity for Contractual Damages Is Waived under the Public Vessels Act or the Suits in Admiralty Act», *80 U. Chi. L. Rev.*, 895 (2013).
  - Langbein, John H., «The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce», *107 Yale L.J.* 165 (1997).
- Larkin, Paul J. Jr., «Funding Favored Sons and Daughters: Nonprosecution Agreements and "Extraordinary Restitution" in Environmental Criminal Cases», *47 Loy. L.A. L. Rev.* 1 (2013).
- Larson, William, «Note. Effective Enforcement of the Foreign Corrupt Practices Act», *32 Stan. L. Rev.* 561 (1980).
  - Laski, Harold J., «The Early History of the Corporation in England», *30 Harv. L. Rev.* 561 (1916).
  - Laski, Harold J. «The Basis of Vicarious Liability», *26 Yale L.J.* 105 (1916-1917).

- Laufer, William S., «Culpability and the Sentencing of Corporations», *71 Neb. L. Rev.* 1049 (1992).
- Laufer, William, «Corporate Bodies and Guilty Minds», *43 Emory L. J.* 647 (1994).
- Laufer, William S., *Corporate Bodies and Guilty Minds. The Failure of Corporate Criminal Liability*, 1ª ed., 2006.
- Leap, Terry L., *Dishonest Dollars. The Dynamics of White Collar Crime*, 1ª ed., 2007.
- Lederman, Eliezer, «Criminal Law, Perpetrator and Corporation: Rethinking a Complex Triangle», *76 J. Crim. L. & Criminology* 285 (1985).
- Lederman, Eli, «Models for Imposing Corporate Criminal Liability: From Adaptation and Imitation Toward Aggregation and the Search for Self-Identity», *4 Bu. Crim. L. Rev.* 641 (2000).
- Lee, Ian B., «Fairness and Insider Trading», *2002 Colum. Bus. L. Rev.* 119 (2002).
- Leigh, L. H., «The Criminal Liability of Corporations and Other Groups», *9 Ottawa L. Rev.* 247 (1977).
- Lieber, F. y Levy, Donald, *Complete Guide to Nonprofit Organizations*, 1ª ed., 2005.
- Lindsay, Carolyn, «More Than You Bargained For: Successor Liability under the U.S. Foreign Corrupt Practices Act», *35 Ohio N.U. L. Rev.* 959 (2009).
- Lipman H, Abigail, «Corporate Criminal Liability», *46 Am. Crim. L. Rev.* 359 (2009).
- Lipper, Gregory M., «Foreign Corrupt Practices Act and the Elusive Question of Intent» *47 Am. Crim. L. Rev.* 1463 (2010).
- Lipson, Jonathan C, «Directors' Duties to Creditors: Power Imbalance and the Financially Distressed Corporation», *50 UCLA L. Rev.* 1189 (2003). Little, Laura, E., *Federal Courts*, 2ª ed., 2010.
- López Barja de Quiroga, J., «El abuso de información privilegiada», *Curso de Derecho Penal Económico*, Bacigalupo E. (Dir), 2ª ed., 2005.
- López Barja de Quiroga, Jacobo, *Tratado de Derecho Penal*, 1ª ed., 2010.
- López Barja de Quiroga, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, 6ª ed., 2014.
- Lowell, Abbe D. y Man, Christopher D., «Federalizing Corporate Internal Investigations and the Erosion of Employees Fifth Amendment Rights», *40 Ann. Rev. Crim. Proc.* III (2011).
- Lund, Paul E. «Federally Chartered Corporations: Corporations and Federal Jurisdiction», *36 Fla. St. U. L. Rev.* 317 (2009).

- Martin, Ellis W., «Deferred Prosecution Agreements: Too Big to Jail and the Potential of Judicial Oversight Combined with Congressional Legislation», *18 N.C. Banking Inst.* 457 (2014).
- Mclean, Nicholas M., «Cross-National Patterns in FCPA Enforcement», *121 Yale L. J.* 1970 (2012).
- McGreal, Paul E., «Corporate Survey Compliance», *66 Bus. Law* 125 (2010).
- Mahoney, Paul G., «Contract or Concession? An Essay on the History of Corporate Law», *34 Ga. L. Rev.* 873 (2000).
- Mannheimer, Michael J. Z., «Toward a Unified Theory of Testimonial Evidence Under the Fifth and Sixth Amendments», *80 Temp. L. Rev.* 1135 (2007).
- Marceau, Justin F., «A Little Less Conversation, A Little More Action: Evaluating and Forecasting the Trend of More Frequent and Severe Prosecutions under the Foreign Corrupt Practices Act», *12 Fordham J. Corp. & Fin. L.* 285 (2007).
- Marcus J. L., «Model Penal Code Section 2.02 (7) and Willful Blindness», *102 Yale L.J.* 2231 (1993).
- Marcus, Phillips, «Suability of Dissolved Corporations. A Study in Interstate and Federal State Relationship», *58 Harv. L. Rev.* 675 (1945).
- Markoff, Gabriel, «Arthur Andersen and the Myth of the Corporate Death Penalty: Corporate Criminal Convictions in the Twenty-First Century», *15 U. Pa. J. Bus. L.* 797 (2013).
- Martin, Shaun P., «Intracorporate Conspiracies», *50 Stan. L. Rev.* 399 (1998).
- Maroney, Thomas J., «Fifty Years of Federalization of Criminal law: Sounding the Alarm or “crying Wolf”», *50 Syracuse L. Rev.* 1317 (2000).
- Mathesont, John H., «Why Courts Pierce: An Empirical Study of Piercing the Corporate Veil», *7 Berkeley Bus. L.J.* 1 (2010).
- Mathesont, John H., «Successor Liability», *96 Minn. L. Rev.* 371 (2011).
- Maurer, Ronald J., «The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: How Do They Work and What Are They Supposed To Do? », *18 U. Dayton L. Rev.* 799 (1993).
- Mayer, Carl J. «Personalizing the Impersonal: Corporations and the Bill of Rights», *41 Hastings L.J.* 577 (1990).
- McKee, Mariza E. y Roberts, William E., «Minding Your Own Business: Director, Officer, and General Counsel Liability under the Responsible Corporate Officer Doctrine», *68 J. Mo. B.* 262 (2012).

- McPherson, Richmond y Raja, Nader, «Corporate Justice: An Empirical Study of Piercing Rates and Factors Courts Consider When Piercing the Corporate Veil», 45 *Wake Forest L. Rev.* 931 (2010).
- Medwed, Daniel S., *Title Prosecution Complex: America's Race to Convict and Its Impact on the Innocent*, 1ª ed., 2012.
- Meier, Jared T., «Comment. Understanding the Statutory Tax Practitioner Privilege: What Is Tax Shelter "Promotion"?», 78 *U. Chi. L. Rev.* 671 (2011).
- Millert, Elizabeth S., «Doctoring the Law of Nonprofit Associations with a Band-aid or a Body Cast: a Look at the 1996 and 2008 Uniform Unincorporated Nonprofit Association Acts», 38 *Wm. Mitchell L. Rev.* 852 (2012).
- Millstein, Ira M. y Katsh, Salem M., *The Limits of Corporate Power: Existing Constraints on The Exercise of Corporate Discretion*, 2ª ed., 2003.
- Millon, David, «Theories of Corporation», 1990 *Duke L.J.* 201 (1990).
- Millon, Davis, «Piercing the Corporate Veil, Financial Responsibility and the Limits of Limited Liability», 56 *Emory L.J.* 1305 (2007).
- Minkes John y Minkes Leonard, *Corporate and White Collar Crimes*, 1ª ed., 2008.
- Moore, Jennifer, «Corporate Culpability under the Federal Sentencing Guidelines», 34 *Ariz. L. Rev.* 743 (1992).
- Moore, Roy L. y Murray, Michael D., *Media Law and Ethics*, 4ª ed., 2011.
- Mueller, Gerhard O. W., «Mens Rea and the Corporation: A Study of The Model Penal Code Position on Corporates Criminal Liability», 19 *U. Pitt. L. Rev.* 21 (1957).
- Mullikin, Nancy, «Comments. Holding the Responsible Corporate Officer Responsible: Addressing the Need for Expansion of Criminal Liability for Corporate Environmental Violators», 3 *Golden Gate U. Envtl. L.J.* 395 (2010).
- Murphy, Ann y otros, *Federal Tax Practice and Procedure*, Matthew Bender & Company Inc., 2013 (versión electrónica)
- Murphy, Diana E. «The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Decade of Promoting Compliance and Ethics», 87 *Iowa L. Rev.* 697 (2002).
- Nagel, Ilene H. y Swenson, Winthrop M., «The Federal Sentencing Guidelines for Corporations: Their Developments Theoretical Underpinnings and Some Thoughts about Their Future», 71 *Wash. U. L. Q.* 205 (1993).
- Nanda, Ve. P., «Corporate Criminal Liability in The United States: Is a New Approach Warranted?», 58 *Am. J. Comp. L.*, 605 (2010).

- Narine, Marcia, «Whistleblowers and Rogues: The Urgent Call for an Affirmative Defense to Corporate Criminal Liability», 62 *Cath. U. L. Rev.* 41 (2012).
- Neumann Vu, Stacey, «Corporate Criminal Liability: Patchwork Verdicts and The Problems of Locating a guilty Agent», 104 *Colum. L. Rev.* 459 (2004).
- Newman, David y Weissmann, Andrew, «Rethinking Criminal Corporate Liability», 82 *In. L.J.*, 411 (2007).
- Newmayer, Kent R., «Justice Joseph Story's Doctrine of "Public and Private Corporations" and the Rinse of the American Business Corporation», 25 *De Paul L. Rev.* 825 (1976).
- Noone, Michael F. y Lester, Urban A., «Defining Tucker Act Jurisdictions after *Bowen v. Massachusetts*», 40 *Cath. U. L. Rev.* 571 (1991).
- Nowak, John E. y Rotunda, Ronald D., *Constitucional Law*, 4ª ed., 2010.
- Obermaier, Otto G. y Morvillo, Robert G., *White Collar Crime: Business and Regulatory Offense White Collar Crime*, ALM Media Properties LLC 2013 (versión electrónica).
- O'Kelley Jr. y Charles R., «The Constitutional Rights of Corporations Revisited: Social and Political Expression and the Corporation after *First National Bank v. Bellotti*», 67 *Geo. L. J.* 1347 (1979).
- O'Kelley, Charles R. T., «Coase, Knight, and the Nexus-of-Contracts Theory of the Firm: A Reflection on Reification, Reality, and the Corporation as Entrepreneur Surrogate», 35 *Seattle U. L. Rev.* 1247 (2012).
- Oman, Nathan B., «Corporations and Autonomy Theories of Contract: A Critique of the New Lex Mercatoria», 83 *Denv U.L Rev* 101 (2005).
- O'Melveny & Myers LLP, *Foreign Corrupt Practices Act. An O'Melveny Handbook*, 7ª ed., (2013).
- Oren, Gazal, «Partial Ban on Plea Bargains», 27 *Cardozo Law Review* 5 (2006).
- O' Reilly, James T., Hanlon, James P. y otros, *Punishing Corporate Crime. Legal Penalties for Criminal and Regulatory violations*, 1º ed., 2009.
- O'Riordan, Kevin M., «Note. Clear Support or Cause for Suspicion? A Critique of Collective Scierter in Securities Litigation», 91 *Minn. L. Rev.* 1596 (2007).
- Orland Leonard, «Beyond Organizational Guidelines: Toward a Model Federal Corporate Criminal Code», 71 *Wash. U. L. Q.*, 357 (1993).
- Orland, Leonard «Transformation of Corporate Criminal Law», 1 *Brook. J.Corp. Fin. & Com. L.* 45 (2006).



- O'Sullivan, Julie R., «How Prosecutors Apply the “Federal Prosecutions of Corporations” Charging Policy in the Era of Deferred Prosecutions, and What Means for the Purpose of the Federal Criminal Sanction», *51 Am. Crim. L. Rev.* 29 (2014).
- Padfield, Stefan, «Rehabilitating Concession Theory», *66 Okla. L. Rev.* 327 (2014).
- Pagnattaro, Marisa A. y Greene Stephanie, «"Say on Pay": The Movement to Reform Executive Compensation in the United States and European Union», *31 Nw. J. Int'l L. & Bus.* 593 (2011).
- Palmiter, Alan S., *Corporations*, 7ª ed., 2012.
- Park, Sam y Song John, «Corporate Criminal Liability», *50 Am. Crim. L. Rev.* 729 (2013).
- Parker, Jeffrey S., «Criminal Sentencing Policy for Organizations: The Unifying Approach of Optimal Penalties», *26 Am. Crim L. Rev.* 513 (1989).
- Parrish, Robert B., Sullivan, Thomas C. y Moser, Shea M., «Criminalization of Maritime Casualties Circa 2013», *87 Tul. L. Rev.* 995 (2013).
- Petrin, Martin, «Reconceptualizing the Theory of the Firm-From Nature to Function», *118 Penn St. L. Rev.* 1 (2013).
- Petrin, Martin, «Circumscribing the “Prosecutor’s Ticket to Tag the Elite”. A Critique of the Responsible Corporate Officer Doctrine», *84 Temp. L. Rev.* 283 (2012).
- Pfander, James E., *Principles of Federal Jurisdiction*, 2ª ed., 2011.
- Pietranton, Erica, «One Case Expands and Another Narrows: Constitutional Rights as They Apply To Corporations», *30 J.L. & Com.* 137 (2012).
- Pinto, Arthur R. y Branson, Douglas M., *Understading Corporate Law*, 4ª ed., 2013.
- Pitt, Harvey L. y Groskaufmanis, Karl A., «Minimizing Corporate Civil and Criminal Liability: A Second Look at Corporate Codes of Conduct», *78 Geo. L. J.* 1559 (1990).
- Podgor, Ellen S., «A New Corporate World Mandates a Good Faith Affirmative», *44 Am. Crim. L. Rev.* 1537 (2007).
- Podgor, Ellen S. e Israel, Jerold H., *White Collar Crime In a Nutshell*, 4ª ed., 2009.
- Pollack, Barry J. y Wartanian, Reisinger, Annie, «Lone Wolf or the Start of a New Pack. Should the FCPA Guidance Represent a New Paradigm Evaluating Corporate Criminal Liability Risk?», *51 Am. Crim. L. Rev.* 121 (2014).
- Pollock, Frederick, «Liability for Torts of Agents and Servants», *1 L. Q. Rev.* 207 (1885).
- Presser, Stephen B., *Piercing the Corporate Veil*, ed. 2014.
- Pollman, Elizabeth, «Reconceiving Corporate Personhood», *2011 Utah L. Rev.* 1629 (2011).

- Radin, Stephen A., *The Judgment Business Rule. Fiduciary Duties of Corporate Directors*, 6ª ed., 2009.
- Ragozino, Anthony, «Replacing the Collective Knowledge Doctrine with a Better Theory for Establishing Corporate Mens Rea: The Duty Stratification Approach», 24 *Sw. U. L. Rev.* 423 (1995).
- Rakoff, Jed S. y Sack, Jonathan S., *Federal Corporate Sentencing: Compliance and Mitigation*, Law Journal Press, 2014 (versión electrónica).
- Raymond, Robert L., «The Genesis of Corporation», 19 *Harv. L. Rev.* 353 (1905-1906).
- Reese, Reuben A., *The True Doctrine of Ultra Vires in the Law of Corporations*, 1ª ed., 1897.
- Reilly, David J., «Murder, Inc.:The Criminal Liability of Corporations for Homicide», 18 *Seton Hall L. Rev.* 378 (1988).
- Ribstein, Larry, E., «The Emergence of the Limited Liability Company», 51 *Bus. Law.* 1 (1995).
- Richman, Daniel, «Federal White Collar Sentencing in the United States: a Work in Progress», 76 *Law & Contemp. Probs.* 53 (2013).
- Riches Judith, *Optimize Equity and Trusts*, 1ª ed., 2014
- Ripken, Susanna K, «Corporates First Amendment Rights After Citizen United: An Analysis of the Popular Movement to End The Constitutional Personhood of Corporations», 14 *U. Pa. J. Bus. L.* 209 (2011).
- Robbins, Ira P., «The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea», 81 *J. Crim. L. & Criminology* 191 (1990).
- Robinson, Paul H. y Dubber, Markus D., «The American Model Code: A brief Overview», 10 *New Crim. L. Rev.* 319 (2007).
- Rodella, Patricia B., «Comments. Corporate Criminal Liability for Homicide: Has The Fiction Been Extended too Far», 4 *J.L. & Com.* 95 (1984).
- Rosenberg, Ronald H., «The Ultimate Independence of the Federal Courts: Defying the Supreme Court in the Exercise of Federal Common Law Powers», 36 *Conn. L. Rev.* 425 (2014).
- Rosin, Gary S., «The Entity-Aggregate Dispute: Conceptualism and Functionalism in Partnership Law», 42 *Ark L. Rev.* 395 (1989).
- Ross, Lauren A., «Using Foreign Relations Law to Limit Extraterritorial Application of The Foreign Corrupt Practice Act», 62 *Duke L.J.* 445 (2012).

- Saltzburg, Stephen A., «The Control of Criminal Conduct in Organizations», 71 *B.U. L. Rev.* 421 (1991).
- Saltzburg, Stephen A., «The Required Records Doctrine: Its Lessons for the Privilege Against Self- Incrimination», 53 *U. Chi. L. Rev.* 6 (1986).
- Saltzburg, Stephen A. y Capra, Daniel J., *American Criminal Procedure Cases and Commentary*, 8ª ed., 2007.
- Samuels, Anne D., «Notes, Reckless Endangerment of an Employee: A proposal in the Wake of Film Recovery System to make the Boss Responsible for his Crimes», 20 *U. Mich. J.L. Reform* 873 (1987).
- Sargent, Mark y Schwidetzky, Walter, *Limited Liability Company Handbook*, ed. 2013-2014.
- Savage, Joseph F. y Klawiter, Maren, «Revival of the Responsible Corporate Officer Doctrine», 26 *Health Law* 32 (2013).
- Schaaff, Paul F. Jr., «Indirect Criminal Conduct of Corporate Officers-law in Search of a Fair and Effective Standard of Liability», 13 *Del. J. Corp. L.* 137 (1988).
- Scheneeman, Angela, *The Law of Corporations and others Business Organizations*, 6ª ed., 2013.
- Schroeder, Jeanne, «Taking Stock: Insider and Outsider Trading by Congress», *Wm. & Mary Bus. L. Rev.* 159 (2014).
- Schulhofert, Stephen J., «Plea Bargaining as Disaster», 101 *Yale L.J.* 1979 (1992).
- Schwarcz, Steven L., «Commercial Trusts as Business Organizations: Unraveling the Mystery», 58 *Bus. Law* 559 (2003).
- Schwartz, Irwin, «Toward Improving the Law and Policy of Corporate Criminal Liability and Sanctions», 51 *Am. Crim. L. Rev.* 99 (2014).
- Szott, Moohr, Geraldine, «Introduction: Tax Evasion as White Collar Fraud», 9 *Hous. Bus. & Tax L.J.* 208 (2009).
- Scott, Robert E. y Stuntz, William J., «Plea Bargaining as contract», 101 *Yale L. J.* 1909 (1992).
- Sepinwall, Amy J., «Responsible Shares and Shared Responsibility: In Defense of Responsible Corporate Officer Liability», 2014 *Colum. Bus. L. Rev.* 371 (2014).
- Sepinwall, Amy J, «Righting Others' Wrongs. A Critical Look at Clawbacks in Madofftype Ponzi Schemes and Other Frauds», 78 *Brook. L. Rev.* 1 (2012).
- Singer, Richard G., *Criminal Procedure II: from bail to jail*, 3ª ed., 2012.
- Singer, Richard G. y La Fond, John Q., *Criminal Law*, 6ª ed, 2013.

- Shade, Joseph, *Business Associations*, 3ª ed., 2010.
- Sheyn, Elizabeth, R., «The Humanization of the Corporate Entity: Changing Views of Corporate Criminal Liability in the Wake of Citizens United», 65 *U. Miami L. Rev.* 1 (2010).
- Sjostrom, William K. Jr., «The AIG Bailout», 66 *Wash. & Lee L. Rev.* 943 (2009).
- Smolen, Richard A., «Get the Lead Out: Innocent Successor Corporations Responsibility Under CERCLA. *United States v. General Battery Corp., Inc.*, 423 F.3d 294 (3d Cir. 2005)», 25 *Temp. J. Sci. Tech. & Envtl. L.* 137 (2006).
- Snider, Jerome G., Ellins, Howard A. y Flynn, Michael S., *Corporate Privileges and Confidential Information*, Law Journal Press, 2013 (versión electrónica).
- Soled, J., «Tax Shelter Malpractice Cases and Their implications for Tax Compliance», 58 *Am. U. L. Rev.* 267 (2008).
- Sommer, A. Jr., *Securities Law Techniques*, Matthew Bender & Company Inc., 2013 (versión electrónica).
- Spires, Jeremiah, *Doing Business in the United States*, Matthew Bender & Company, 2013 (versión electrónica).
- Spurgeon, Allen W. y Fagan Terence P., «Criminal Liability for Life endangering Corporate Conduct», 72 *J. Crim. L. & Criminology* 400 (1981).
- Spivack, Peter y Raman, Sujit, «Regulating the 'New Regulators': Current Trends in Deferred Prosecution Agreements», 45 *Am. Crim. L. Rev.* 159 (2008).
- Standen, Jeffrey, «Plea Bargaining in the Shadow of the Guidelines», 81 *Cal. L. Rev.* 1471 (1993).
- Steinberg, Marc y Fletcher, John, «Compliance Programs for Insider Trading», 47 *S.M.U. L. Rev.* 1783 (1994).
- Spehl, Stephan y Gruetzner, Thomas, *Corporate Internal Investigations: Overview of 13 Jurisdictions*, Hart Publishing Limited, 2013 (versión electrónica).
- Steven, M., «Restitution for Ponzi Scheme Victims: The Symbiotic Relationship of Tax and Securities Laws», 10 *Rutgers Bus. L.J.* 21 (2013).
- Stewart, Jennifer, «Comment, the Intra- enterprise Conspiracy Doctrine after *Copper Weld Corp. v. Independence Tube Cop*», 86 *Colum. L. Rev.* 198 (1986).
- Stewart, James G., «A Pragmatic Critique of Corporate Criminal Theory: Lesson from the Extremity», 16 *New Crim. L. R.* 261 (2013).
- Stigler, George J., «The Theory of Economic Regulation» *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, No 1 (1971).

- Stoner, John E., «Corporate Criminal Liability for Homicide; Can the Criminal Law Control Corporate Behavior», 38 Sw. L. J. 1275 (1985).
- Strader, Kelly, J., *Understanding White Collar Crimes*, 3ª ed., 2011.
- Straus, Emily N., «"Easing out" The FCPA Facilitation Payment Exception», 93 B.U. L. Rev. 235 (2013).
- Strine, Leo E. Jr, Hamermesh, Lawrence A., Balotti R. Franklin y Gorris, Jeffrey M., «Loyalty's Core Demand: The Defining Role of Good Faith in Corporation Law», 98 Geo. L.J. 629 (2010).
- Stunz, William J., *The Collapse of American Criminal Justice*, 1ª ed., 2011.
- Stuntz, William J., «The Pathological Politics of Criminal Law», 100 Mich. L. Rev., 505 (2001).
- Swanson, Carol B., «Insider Trading Madness: Rule 10 b5-1 and the Death of Scierter», 52 U. Kan. L.Rev. 147 (2003).
- Tarum, Robert, W., *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*, American Bar Association, 3ª ed., 2013.
- Tayler, Tom R., «Reducing Corporate Criminality: the Roles of Values», 51 Am. Crim. L. Rev. 267 (2014).
- Teeters, Bruce A., «Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act of 1988: Just How Much are employer going to pay», 59 U. Cin. L. Rev. 587 (1990).
- Thomas, Randall S., Palmiter, Alan R. y Cotter, James F., «Dodd-Frank's on pay: will it lead to a greater role for shareholders in corporate governance?, 97 Cornell L. Rev. 1213 (2012).
- Thompson, Robert B., «Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study», 76 Cornell L. Rev. 1036 (1991).
- Thompson, Benjamin y Andrew Yong, «Corporate Criminal Liability», 49 Am. Crim. L. Rev. 489 (2012).
- Trautmant, Lawrence J. y Altenbaumer-Pricett K., «The Foreign Corrupt Practices Act: Minefield for Directors», Va. L. & Bus. Rev. 145 (2011).
- Townsend, John A., *Federal Tax Crimes*, 2013.
- Uebler, Thomas, «Shareholder Police Power: Shareholder's Ability to Hold Director Accountable for Intencional Violations of Law», 33 Del. J. Corp. L. 199 (2008).
- Uhlmann, David M., «Deferred Prosecution and Non-prosecution Agreement and the Erosion of Corporate Criminal Liability», 72 Md. L. Rev. 1295 (2013).

- Urofsky, Philip, «Prosecuting Corporations: The Federal Principles and Corporate Compliance Programs», *United States Attorneys' Bulletin*, volumen 50, n ° 2, Marzo 2002.
- Veloski, Peter J., «Bargain for Justice or Face the Prison of Privileges; The Ethical Dilemma in Plea Bargain Waivers of Collateral Relief», *86 Temp. L. Rev.* 429 (2013).
- Waters, Laura, «Federal Criminal Conspiracy» *49 Am. Crim. L. Rev.* 739 (2012).
- Wagner, Robert E., «Gordon Gekko to the rescue?: Insider Trading as a tool to Combat Accounting Fraud», *79 U. Cin. L. Rev.* 973 (2011).
- Walt, Steven y Laufer, William S., «Why Personhood Doesn't Matter: Corporate Criminal Liability and Sanctions», *18 Am. J. Crim. L.*, 263 (1990).
- Walsh, Charles J. y Pyrich Alissa, «Corporate Compliance as a Defense to Criminal Liability: Can a Corporation Save its Soul?», *47 Rutgers Law Review*, 605 (1995).
- Walter, Nick, «Prioritizing Enforcement in Insider Trading», *30 Yale L. & Pol'y Rev.* 521 (2012).
- Wang, William K. S. y Steinberg, Marc I., *Insider Trading Liability and Compliance*, Matthew Bender & Company Inc., 2013 (versión electrónica).
- War, Adam, «Congressional Insider Trading: Is Misappropriation Appropriate?», *5 Crit.* 1 (2012).
- Warin, Joseph, Diamant, Michael S. y Pfenningt, Jill M., «FCPA Compliance in China and the gifts and Hospitality Challenge» *5 Va. L. & Bus. Rev.* 33 (2010).
- Warner, David, «Are the Corporation and Its Employees the Same?: Piercing the Intracorporate Conspiracy Doctrine in a Post-Enron World», *55 U. Kan. L. Rev.* 1057 (2007).
- Waters, Laura, «Federal Criminal Conspiracy» *49 Am. Crim. L. Rev.* 739 (2012).
- Weaver, Gary R., «Encouraging Ethics in Organizations: a Review of Some Key Research Findings», *51 Am. Crim. L. Rev.* 293 (2014).
- Weaver, Russell L., Martin, Edward C., Klein, Andrew R. y otros, *Mastering Tort Law*, 1ª ed., 2009.
- Wechsler, Herber, «Codification of Criminal Law in the United States: The Model Penal Code», *68 Colum. L. Rev.* 1425 (1968).
- Weinstein, Martin J. y Bennett B., Patricia, «Criminal Law's Greatest Mystery Thriller: Corporate Guilt Through Collective Knowledge», *29 New Eng. L. Rev.* 65 (1995).
- Weisman, Miriam F., *Corporate Crime & Financial Fraud*, 1ª ed., 2012.

- Weissmann, Andrew, «A New Approach To Corporate Criminal Liability», *44 Am.Crim. Law*, 1319 (2007).
- Welling, Sara N., «Intracorporate Plurality in Criminal Conspiracy Law», *33 Hastings L.J.* 1155 (1982).
- Wellner, Philip A., «Effective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions», *27 Cardozo L. Rev.* 497 (2005).
- Westbrook, Amy Deen, «Enthusiastic Enforcement, Informal Legislation: The Unruly Expansion of the Foreign Corrupt Practices Act », *45 Ga. L. Rev.* 489 (2011).
- White, Thomas, «Limitations imposed on the Dual Sovereignty Doctrine by Federal and State Governments», *38 N. Ky. L. Rev.* 173 (2011).
- Williston, Samuel, «History of Law of Business Corporations before 1800», *2 Harv. L. Rev.* 105 (1888).
- Wolf, Sidney M., «Finding an Environmental Felony under the Corporate Veil: The Responsible Corporate Officer Doctrine and RCRA», *J. Land Use & Envtl. L.* 1 (1993).
- Wright, Charles A. y Kane, Mary K., *Law of Federal Courts*, 7<sup>a</sup> ed., 2011.
- Wright, Ronald F. «Trial Distortion and The End of Innocence in Federal Criminal Justice», *154 U. Pa. L. Rev.* 79 (2005).
- York, Christopher J., «Vicarious Liability of Controlling Persons: Respondeat Superior and the Securities Acts- a Reversible Consensus in the Circuits», *42 Emory L. J.* 313 (1993).
- Zierdt, Candance y Podgor, Ellen S., «Corporate Deferred Prosecutions Through the Looking Glass of Contract Policing», *96 Ky. L.J.* 1 (2007- 2008).

## ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS

### 1. Sentencias de tribunales ingleses

- *Case of Sutton's Hospital* (1612) 77 Eng Rep 960.
- *King v. The City of London St. Tr.* 1039 (K.B. 1682).
- *Langforth Bridge* 79 Eng. Rep. 919 (K.B. 1635).
- *Queen v. Birmingham & Gloucester Railway Co.*, 114 Eng. Rep. 492 (Q.B. 1842).
- *Rex. v. I.C.R. Haulage Ltd.* 1K.B. 551 (1944).
- *Rex v. Inhabitantes Civitatis Norwichi*, 1 Stra. 177, 93 Eng. Rep. 458.

### 2. Sentencias de tribunales de los Estados Unidos de América

- *Alamo Fence Company of Houston v. United States*, 240 F.2d. 179 (5th Cir.1957).
- *American Medical Ass'N v. United States*, 130 F.2d 233 (12th Cir. 1942).
- *Apprendi v. NewJersey*, 530 U.S. 466 (2000).
- *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002).
- *Bank of the United States v. McLaughlin*, 2 Fed. Cas. No. 928 (C. C. D. C. 1810).
- *Basic Inc. v. Levinson*, 485 U.S. 224 (1988).
- *Bellis v. United States*, 417 U.S. 85 (1974).
- *Blakely v. Washington*, 542 U.S. 296 (2004).
- *Boulware v. United States*, 552 U.S. 421 (2008).
- *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970).
- *Braswell v. United States*, 487 U.S. 99 (1988).
- *Bryan v. United States*, 524 U.S. 184 (1998).
- *Burwell, Secretary of Health and Human Services, et Al. v. Hobby Lobby Stores Inc et Al.*, 573 U.S.\_2014.
- *Cede & Co. v. Technicolor Inc.*, 634 A.2d 345 (Del. 1993).
- *Chapman v. Rudd Paint & Varnish Co.*, 409 F.2d 635 (9th Cir. 1969).
- *Cheek v. United States*, 498 U.S 192 (1991).
- *Chiarella v. United States*, 445 U. S. 222 (1980).
- *C.I.T. v. United States*, 150 F.2d 85 (9th Cir. 1945).



- *Citizens United v. Federal Election Commission*, 130 S. Ct. 876 (2010).
- *Commonwealth v. Beneficial Finance Co.*, 360 Mass. 188, 275 N.E. 2d 33(1971).
- *Commonwealth v. Hancock Free Bridge Corp.*, 68 Mass. 58 (1854).
- *Commonwealth v. Illinios Central Railroad Co.*, 152 Ky. 320, 153 S.W. 459 (1913).
- *Commonwealth v. New Bedford Bridge*, 68 Mass. 339 (1854).
- *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U.S. 752 (1984).
- *Dartmouth Collage v. Woodward*, 17 U.S. 519 (1819).
- *Defense Supplies Corp. v. Lawrence Warehouse Co*, 336 U.S. 921 (1949).
- *Dirks v. SEC*, 463 U. S. 646 (1983).
- *Diversified Industries v. Meredith*, 572 F.2d 596 (8th Cir. 1977).
- *Domar Queen Transp., Ltd., Div. Of Lee-Vac Ltd. v. Indepedent Refininig Co.*, 783 F. 2d. 1185 (5th Cir. 1986).
- *E.C. v. OBUS*, 693 F.3d 276 (2nd Cir. 2012).
- *Ernst & Ernst v Hochfelder*, 425 U.S. 185 (1976).
- *Eri R. R. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938).
- *Escobar v. United States*, 388 F. 2d 661 (2nd. Cir. 1967).
- *Ewing v. California*, 538 U.S. 11 (2003).
- *FCC v. AT&T*, 562 U. S \_ (2011).
- *First National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978).
- *Fong Foo v. United States*, 369 U.S. 141 (1962).
- *Gall v. United States*, 552 U.S. 38 (2007).
- *Galvan, v. Federal Prision Industries Inc.* 199, F.3d 461 (D.C. Cir. 1999).
- *Gordon v. Illinois Bell Tel. Co.*, 330 F.2d 103 (7th Cir. 1964).
- *Grant Bros. Constr. Co. v. United States*, 13 Ariz. 388 (1911).
- *Hale v. Henkel*, 201, U.S. 43 (1906).
- *Harris v. United States*, 536 U.S. 545 (2002).
- *Haynes v. Anderson & Strudwick Inc.*, 508 F. Supp. 1303 (E.D. Va. 1981).
- *Head & Armory v.Providence Insurance Co.*, 122 Cranch 127, 2 L. Ed. 229 (1804).
- *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947).
- *Hills Mcgee v. Sentinel Offender Services LLC.*, 719 F.3d 1236 (11th Cir. 2013).
- *Holland Furnace Co. v. United States*, 158 F.2d 2 (6th Cir. 1946).
- *Imperial Meat Co. v. United States*, 316 F.2d 435 (10th Cir. 1963).

- *In re Bevill, Bresler & Schulman Asset Management Corp.*, 805 F.2d 120 (3rd Cir. 1986).
- *In re Caremark Int'l Inc. Deriv. Litig.*, 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996).
- *In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation*, 964 A.2d 106 (Del. Ch. 2009).
- *In re Dynex Capital Inc. Sec. Litig.*, No. 05 Civ. 1897(HB), 2006 WL 314524.
- *In re Walt Disney Co. Derivative Litigation*, 906 A.2d 27 (Del.2006).
- *Ingredient Technology v. United States*, 698 F. 2d 88 (2nd Cir. 1982).
- *Inland Freight Lines v. United States*, 191 F. 2d 313 (10th Cir. 1951).
- *John Gund Brewing Co. v. United States*, 204 F. 17 (8th Cir. 1913).
- *Kercheval v. United States*, 274 U.S. 220 (1927).
- *Kirwin v. Price Communication Corp.*, 391 F. 3d 1323, (7th Cir. 2004).
- *Kolstad v. American Dental Association*, 527 U.S. 526 (1999).
- *Lafler v. Cooper*, 132 S. Ct. 1376 (2012).
- *Laperriere v. Vesta Ins. Group Inc.*, 526 F.3d 715 (2008).
- *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).
- *Lumetta v. United States*, 362 F.2d 644 (8th Cir. 1966).
- *Mabry v. Johnson*, 467 U.S. 504 (1984).
- *Magnolia Motor and Logging Co. v. United States*, 264 F.2d 950, 953 (9th Cir. 1954).
- *McAndrew v. Lockheed Martin Corp.*, 206 F.3d 1031 (11th Cir. 2000).
- *McDonald v. Chicago*, 561 U.S. 3025 (2010).
- *McMillan v. Pennsylvania*, 477 U.S. 79 (1986).
- *Melrose Distiller v. United States*, 359 U.S. 271 (1959).
- *Missouri v. Frye*, 132 S. Ct. 1399 (2012).
- *Mitchell v. United States*, 526 U.S. 314 (1999).
- *Morissette v. United States*, 342 U.S. 246 (1952).
- *Morton Bldgs. of Nebraska Inc. v. Morton Bldgs. Inc.*, 531 F. 2d 910 (8th Cir. 1976).
- *Neder v. United States*, 527 U.S. 1 (1999).
- *Nelson Radio & Supply v. Motorola*, 200 F.2d 911 (5th Cir.1952).
- *New York Central & Hudson River Railroad v. United States*, 212 U.S. 481 (1909).
- *Nobile v. United States*, 284 F. 253 (3rd Cir. 1922).
- *Nordstrom, Inc. v. Chubb & Son Inc.*, 54 F.3d 1424 (9th Cir. 1995).
- *North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25 (1970).
- *Nye & Nissen v. United States*, 336 U.S. 613 (1949).

- *O'Connor & Assoc. v. Dean Witter Reynolds Inc.*, 529 F.Supp. 1179 (1981).
- *Oklahoma Natural Gas Corp. v. Oklahoma*, 273 U.S (1927).
- *Old Monastery Co. v. United States*, 147 F.2d 905 (4th Cir.1945).
- *O'Melveny & Myers v. Fdic.*, 512 U.S. 79 (1994).
- *Padilla v. Kentucky*, 559 U.S. 356 (2010).
- *People v. Canadian Fur Trappers' Corporation* N.Y Ct App. 248 N.Y. 159, 161 NE 455 (1928).
- *People v. Corporation of Albany*, 11 Wend., 539 (N.Y. Sup. Ct. 1834).
- *People v. Ebasco Servs* 77 Misc., 2d 784 (1974).
- *People v. O'Neil*, 194 Ill. App.3d 79 (1990) 550 N.E.2d 1090.
- *People v. Rochester Railway & Light Co.*, 195 N.Y. 102, 88 N.E. 22 (1909).
- *Perez v. United States*, 402 U.S. 146 (1971).
- *Pinkerton v. U.S*, 328 U.S. 640 (1946).
- *President of Susquehannah & Bath Turnpike Rd. Co. v. People*, 15 Wend. 267 (N.Y. Sup. Ct. 1836).
- *Rachmil v. United States*, 43 F. 2d 878 (CA9 1930).
- *Ratzlaf v. United States*, 510 U.S. 135 (1994).
- *R.C.M. Executive Gallery Corp. v. Rols Capital Co.*, 901 F. Supp. 630 (S.D.N.Y. 1995).
- *Re Apple Computer Inc.*, 127 F App'x 296 (9th Cir. 2005).
- *Rehberg v. Paulk*, 611 F.3d 828 (3rd Cir. 2010).
- *Rita v. United States*, 551 U.S. 338 (2007).
- *Rodríguez v. Banco Central*, 777 F. Supp. 1043 (1991).
- *Ryan v. United States*, 314 F.2d 306 (10th Cir. 1963).
- *Saba v. Compagnie Nationale Air France*, 78 F.3d 664 (D.C. Cir. 1996).
- *Salinas v. United States*, 522 U.S. 52 (1997).
- *Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad CO.*, 118 U.S. 394 (1886).
- *Sansone v. United States*, 380 U.S. 343 (1965).
- *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257(1971).
- *Sec. v. Texas Gulf Sulphur Co.*, 401 F. 2d 833 (2nd.Cir. 1968).
- *Seminole Tribe v. Florida*, 517 U.S. 44 (1996).
- *Shevlin-Carpenter Co. v. State of Minn.*, 218 U.S. 57 (1910).
- *Siravo v. United States*, 377 F. 2d 469 (1st Cir. 1967).
- *Spies v. United States*, 317 U.S. 492 (1943).

- *Spectrofuze Corp. v. Beckman Instruments Inc.*, 575 F. 2d 256 (5th Cir. 1978).
- *Spurr v. United States*, 174 U.S. 728 (1899).
- *Standard Oil Co. v. United States*, 307 F.2d 120 (5th Cir. 1962).
- *State v. Atching-son*, 3 Lea 729 (Tenn. 1879).
- *State v. Barksdale*, 24 Tenn. (5 Hum) 154 (1844).
- *State v. City of Bangor*, 41 Me. 533 (1856).
- *State v. Corporation of Shelbyville*, 36 Tenn. 176 (1856).
- *State v. Ford Motor Co.*, 47 U.S.L.W. 2514, 2515 (Ind. Super. Ct. 1979).
- *State v. Great Works Milling & Manufacturing Co.*, 20 Me. 41 (1841).
- *State v. Lehigh Valley Railroad Co.*, 195 N.Y. 102, 88 N.E. 22 (1909).
- *State v. Morris & Essex Railroad Co.*, 23 N.J.L 360 (1852).
- *State v. Pacific Powder Co.*, 226 Or. 502, 360 P.2d 530 (1961).
- *States v. Carroll*, 144 F. Supp. 939 (S.D.N.Y. 1956).
- *Steere Tank Lines, Inc. v. United States*, 330 F.2d 719 (5th Cir. 1963).
- *Stichting Ter Behartiging v. Schreiber*, 327 F.3d 173 (2nd Cir. 2003).
- *Stone ex rel. AmSouth Bancorporation v. Ritte*, 911 A.2d 362 (Del. 2006).
- *Susquehannah & Bath Turnpike Co. v. People*, 15 Wend. 267 (N.Y.1836).
- *Teachers Insurance and Annuity Ass'n of America v. Shamrock Broadcasting Company Inc.*, 521 F. Supp. 638 (S.D.N.Y. 1981).
- *Telegram Newspaper Co. v. Commonwealth*, 52 N.W 445 (Mass. 1899).
- *Texas Industries Inc. v. Radcliff Materials Inc.*, 451 U.S. 630 (1981).
- *Texas-Oklahoma Express, Inc. v. United States*, 429 F.2d 100 (10th Cir. 1970).
- *Union Pacific Coal Co. v. United States*, 173 F. 737 (8th Cir. 1909).
- *United States v. Alamo Bank of Texas*, 880 F.2d 828 (5th Cir.1989).
- *United States v. Alaska Packers' Ass'n*, 1 Alaska 217 (1901).
- *United Mine Workers v. Coronado Coal Co.*, 259 U.S 344 (1922).
- *United States v. American Radiator & Standard Sanitary Corp.*, 433 F.2d 174 (3rd Cir. 1970).
- *United States v. Ams Sintering Co.*, 927 F.2d 232 (6th Cir. 1990).
- *United States v. Arch Trading Co.*, 987 F.2d (4th Cir. 1993).
- *United States v. Armstrong*, 517 U.S. 456 (1996).
- *United States v. Automated Medical Laboratories Inc.* 770 F.2d 399, 407 (4th Cir. 1985).

- *United States v. A & P Trucking Co.*, 358 U.S. 121 (1958).
- *United States v. Armou & CO.*, 168 F.2d 342 (1948).
- *United States v. Balint*, 258 U.S. 250 (1922).
- *United States v. Basic Constr. Co.*, 711 F.2d 570 (4th Cir.1983).
- *United States v. Baxter Inter. Inc.*, 345 F.3d 866 (11th Cir. 2003).
- *United States v. Beusch*, 596 F.2d 871 (9th Cir.1979).
- *United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005).
- *United States v. Bi-Co Pavers Inc.*, 741 F.2d 730 (5th Cir. 1984).
- *United States v. Bishop*, 412 U.S. 346, 360 (1973).
- *United States v. Beusch*, 596 F.2d 871 (9th Cir.1979).
- *United States v. Bryan S. Behrens*, 713 F.3d 926 (8th Cir. 2013).
- *United States v. Budd*, 496 F.3d 517(6th Cir. 2007).
- *United States v. Carter*, 311 F. 2d 934 (6th Cir. 1963).
- *United States v. Cassese*, 428 F.3d 92, 98 (2nd Cir. 2005).
- *United States v. Chestman*, 947 F.2d 551 (2nd. Cir. 1991).
- *United States v. Cigarette Merchandiser Ass’n*, 136 F. Supp. 214 (1955).
- *United States v. Cincotta*, 689 F.2d 238 (1st Cir. 1982).
- *United States v. City of Rancho Palos Verde*, 841 F.2d 329 (9th Cir.1988).
- *United States v. Davis*, 717 F.3d 28 (1st Cir. 2013).
- *United States v. DeSantis*, 134 F.3d 760 (6th Cir. 1998).
- *United States v. Dotterweich*, 320 U.S. 277 (1943).
- *United States v. E. Brooke v Matlack, Inc.*, 149 F. Supp. 814, 820 (D. Md. 1957).
- *United States v. Empire Packing Co.*, 174 F.2d 16 (7th Cir. 1949).
- *United States v. Erie R. Co.*, 222 F. 444 (DCNJ 1915)
- *United States v. Gansman*, 657 F.3d 85 (2nd Cir. 2011).
- *United States v Gaudin*, 515 U.S. 506 (1995).
- *United States v. General Motors Corporation*, 121 F.2d 376 (7th Cir. 1941).
- *United States v. Giles*, 300 U.S. 41 (1937).
- *United States v. Griffin*, 524 F.3d 71 (1st Cir. 2008).
- *United States v. Halper*, 490 U.S. 435 (1989).
- *United States v. Hartley*, 678 F.2d 961 (11th Cir. 1982).
- *United States v. Hayes Interna. Corp.*, 786 F.2d 1499 (1986).

- *United States v. Hilton Hotels Corp.*, 467 F.2d 1000 (9th Cir. 1972).
- *United States v. Houghton*, 14 F. 544 (DC NJ).
- *United States v. Huges Aircraft Co. Inc.*, 20 F.3d 974 (3rd Cir. 1994).
- *United States v. Ingredient Technology Corp.*, 698 F.2d 88 (2nd Cir. 1983).
- *United States v. Ionia Management S.A.*, 555 F. 3d 303 (2nd Cir. 2009).
- *United States v. Jimenez Recio*, 537 U.S. 270 (2003).
- *United States v. Johns-Manville Corporation*, 231 F. Supp. 690 (1963).
- *United States v. Johnson*, 319 U.S. 503 (1943).
- *United States v. Jones*, 159 F. 3d. 969 (6th Cir. 1998).
- *United States v. Kassouf*, 144 F3d 952 (6th Cir. 1998).
- *United States v. Kay*, 359 F.3d 738 (5th Cir. 2004).
- *United States v. Kay*, 513 F.3d 432 (5th Cir. 2007).
- *United States v. Kimbell Foods Inc.*, 440 U.S. 715 (1979).
- *United States v. Kozeny*, 493 F.Supp.2d 693 (2007).
- *United States v. Kozeny*, 667 F.3d 122 (2nd Cir. 2011).
- *United States v. Liebo*, 923 F. 2d 1308 (8th Cir. 1991).
- *United States v. Lilley*, 291 F. Supp. 989 (S.D. Tex. 1968).
- *United States v. Line Material Co.*, 202 F.2d 929 (6th Cir.1953).
- *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995).
- *United States v. Mitchell*, 463 U.S. 206 (1983).
- *United States v. Mobile Materials Inc.*, 776 F.2d 1476 (10th Cir.1985).
- *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000).
- *United States v. Nacchio*, 519 F.3d 1140, 1168 (10th Cir. 2008).
- *United States v. Neal*, 93 F.3d 219 (6th Cir. 1996).
- *United States v. O'Hagan*, 521 U.S. 642 (1997).
- *United States v. O'Hagan*, 139 F.3d 641 (8th Cir. 1998).
- *United States v. Osorio*, 929 F. 2d 753 (1st Cir. 1991).
- *United States v. Park*, 421 U.S. 658 (1975).
- *United States v. Parfait Powder Puff Co. Inc.*, 163 F.2d 1008 (7th Cir. 1947).
- *United States v. Phillip Morris Inc.*, 449 F. Supp. 2d 1 (D.C. 2006).
- *United States v. Peters*, 732 F.2d 1004 (2nd Cir. 1984).
- *United States v. Polizzi*, 500 F.2d 856 (9th Cir.1974).

- *United States v. Pomponio*, 429 U.S. 10 (1976).
- *United States v. Potter*, 463 E.3d 9 (1st Cir. 2006).
- *United States v. Reed*, 601 F. Supp. 685 (S.D.N.Y.)
- *United States v. Reyes*, 577 F.3d 1069 (9th Cir. 2009).
- *United States v. Rodger*, 624 F.2d 1303 (5th Cir.1980).
- *United States v. Safeway Stores Inc.*, 140 F.2d 834 (10th Cir. 1944).
- *United States v. Sain*, 141 F.3d 463 (3rd Cir. 1998).
- *United States v. Sawyer Transp. Inc.*, 337 F. Supp. 29 (D. Minn. 1971).
- *United States v. Science Applications Int'l Corp.*, 626 F.3d 1257 (D.C. Cir. 2010).
- *U.S v. Smith*, 424 F.3d 992 (3rd. Cir. 2005).
- *United States v. Shields Rubber Corp.*, 732 F.Supp. 569 (1989).
- *United States v. Shortt Accountancy Corp.*, 785 F.2d 1448 (9th Cir. 1986).
- *United States v. Singh*, 518 F.3d 236 (4th Cir. 2008).
- *United States v. Sklena*, 692 F.3d 725 (7th. Cir.2012).
- *United States v. Starr*, 535 F.2d (9th Cir.1976).
- *United States v. Stein (Stein 1)*, 435 F. Supp. 2d 330, 336 (S.D.N.Y. 2006).
- *United States v. Stein (Stein 2)*, 440 F. Supp. 2d 315, 338 (S.D.N.Y. 2006).
- *United State v. Stevens*, 909 F. 2d, 431 (11th Cir. 1990).
- *United States v. St. Michael's Credit Union*, 880 F.2 d 579 (1st Cir. 1989).
- *United States v. Sun-Diamond Growers of California*, 138 F.3d 961, 969-70 (D.C. Cir. 1998).
- *United States v. Tarallo*, 380 F. 3d 1174 (9th Cir. 2004).
- *United States v. Thomas*, 52 F. Supp. 571 (E.D Wash 1943).
- *United States v. T.I.M.E.-D.C., Inc.*, 381 F. Supp. 730 (W.D. Va. 1974).
- *United States v. Townsend*, 31 F.3d 262 (5th Cir. 1994).
- *United States v. Twenty Century Fox Film Corp.*, 882 F. 2d. 656 (2nd Cir.1989).
- *United States v. Union Supply Co.*, 215 U.S. 50 (1909).
- *United States v. Uniroyal, Inc.*, 300 F. Supp. 84 (S.D.N.Y. 1969).
- *United States v. Vanadium Corporation*, 230 F.2d 646 (10th Cir.1956).
- *United States v. Van Schaik*, 134 F. 592 (C.C.S.D.N.Y. 1904).
- *United States v. Wise*, 370 U.S. 405 (1962).
- *United States v. Wilson*, 118 F.3d 228 (4th Cir. 1997).

- *United States v. Wilshire Oil Co.*, 427 F. 2d 969 (10th Cir. 1970).
- *United States v. White*, 322 U. S. 694 (1944).
- *United States v. Y. Hata & Co. Ltd*, 535 F2d 508 (9th. Cir.1976).
- *United States v. Yasser*, 114 F. 2d 558 (CA3 1940).
- *United States. v. Zackery*, 494 F.3d 644 (8th Cir.2007).
- *Upjohn Co. V. U.S.*, 449 U.S. 383 (1981).
- *Weatherford v. Bursey*, 429 U.S. 545 (1977).
- *Williams v. Obstfeld*, 314 F.3d 1270 (11th Cir.2002).
- *Wilson v. United States*, 22 U.S. 361 (1911).





## RESUMEN

### 1. Introducción y objetivos

Frente a algunos países del sistema continental, entre ellos, el nuestro, que han superado recientemente el principio tradicional *societas delinquere non potest*, en los Estados Unidos de América la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuenta con una larga tradición y está fuertemente arraigada.

El crecimiento sin precedentes que experimentó este país a lo largo del tiempo y con él, la proliferación de las personas jurídicas, que se convierten pronto en un actor fundamental de la vida económica, conduce de forma consecuente a la necesidad de proteger a la sociedad de los daños que pueden generar tales entidades en el ejercicio de su actividad. El Derecho Penal aparece entonces como un instrumento adecuado a estos efectos, sin que la consideración inicial de las personas jurídicas como meros entes abstractos creados por el Derecho sea suficiente para justificar su impunidad.

En el año 1909, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en la sentencia dictada en el caso *New York Central & Hudson River Railroad v. United States*, consagra, en la jurisdicción federal, un modelo de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas amparado en la doctrina del *respondeat superior* –importada del ámbito civil-, conforme al cual, la persona jurídica será penalmente responsable de los delitos cometidos por sus directivos o empleados, cuando estos actúen en el ejercicio de sus funciones y con la intención de beneficiarla. Cualquier otra solución, declara el Tribunal Supremo, sería «cerrar los ojos» al hecho indudable de que, en los tiempos modernos, la mayoría de las transacciones comerciales se realizan por estas entidades, que no pueden ser inmunes a todo castigo por la aplicación de la vieja doctrina, según la cual, las personas jurídicas no pueden cometer delitos.

El modelo consagrado en esta resolución, basado en una responsabilidad por hecho de otro y en el que subyace una visión utilitarista y pragmática del Derecho Penal, que persigue fundamentalmente evitar la impunidad de estos nuevos protagonistas de la vida económica -a los que, con alguna excepción, se les puede imputar cualquier delito-, continúa vigente en la actualidad en la jurisdicción federal, en la que se centra este estudio. Los Estados Unidos son un Estado Federal, en el que cada Estado tiene capacidad legislativa para conformar su propio Derecho Penal y Procesal Penal. Este estudio se centra, sin embargo, en la jurisdicción federal,

esto es, en el Derecho Penal emanado del Congreso Federal y de los Tribunales Federales. Sus disposiciones y resoluciones no han dejado de crecer en los últimos tiempos y las mismas juegan un papel fundamental en el ámbito de la empresa.

La exposición de las líneas fundamentales del modelo federal de responsabilidad penal de las personas jurídicas es el núcleo de este trabajo. Con esta finalidad, tras examinar algunas nociones introductorias sobre qué son las personas jurídicas en el ordenamiento de los Estados Unidos y cuál es su posición ante el Derecho Penal, se expone cuál ha sido la evolución histórica de la responsabilidad criminal de estas *legal entities*, indispensable para comprender cómo y por qué se llega a la consagración de la doctrina del *respondeat superior* y por qué continúa siendo en la actualidad el modelo vigente. A continuación, son objeto de análisis cuestiones tales como: los presupuestos de aplicación de esta doctrina; las alternativas surgidas para paliar algunas de sus deficiencias; o los problemas que plantea, en la exigencia de responsabilidad penal de una persona jurídica, su disolución u otras modificaciones de su estructura societaria. También son objeto de estudio otros dos elementos: las denominadas *sentencing guidelines*, esto es, las normas que regulan la individualización de la pena y, concretamente, aquéllas que regulan cómo individualizar la pena impuesta a las personas jurídicas; y el papel reservado a unos actores fundamentales, los Fiscales Federales. Es imprescindible exponer la forma en la que afrontan las acusaciones penales contra las personas jurídicas, en un país donde monopolizan el ejercicio de la acción penal y donde la gran mayoría de los procedimientos penales nunca llega a juicio, sino que termina en acuerdos alcanzados entre el acusado y la Fiscalía. Acuerdos que, como los *deferred prosecution agreements*, presentan unas características particulares cuando afectan a personas jurídicas.

De la misma manera resulta imprescindible conocer y exponer la evolución que ha experimentado en el ordenamiento estadounidense la implementación de los programas de cumplimiento normativo en el seno de las personas jurídicas y el papel que se les reserva en la exigencia de responsabilidad penal. El estudio del estado de la cuestión resulta especialmente interesante y permite concluir que la culpabilidad basada en la organización, más allá de la correspondiente a la persona física, también tiene un papel reservado en el modelo estadounidense de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La responsabilidad en la que pueden incurrir los administradores de las entidades necesariamente tiene que ser objeto de atención. La influencia que algunos de sus

comportamientos pudieron tener en la crisis financiera de principios de este siglo ha convertido esta cuestión en un tema de máxima relevancia.

Asimismo, junto a la exposición del marco general, es de sumo interés detenerse en cómo se aplica el modelo en algunas figuras delictivas concretas, que han sido seleccionadas o por la relevancia del debate en torno a ellas, como el caso del delito de homicidio imprudente, o por la relevancia que su persecución ha tenido en los últimos tiempos. Este sería el caso de las infracciones penales previstas en la *Foreign Corrupt Practices Act*, del delito de *insider trading*, de los delitos contra la Hacienda Pública o del delito de conspiración. El delito de *conspiracy*, siempre de actualidad, se ha convertido en los últimos tiempos en una figura especialmente interesante para perseguir penalmente a las personas jurídicas, por las ventajas que ofrece para la acusación, tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal.

Así pues, el estudio de todas las cuestiones descritas permite alcanzar el objetivo fundamental de este trabajo: dar a conocer con detalle un sistema de exigencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas que funciona en la práctica desde hace tiempo y del que, por tanto, es posible extraer conclusiones hábiles para nuestro propio sistema. De ahí su interés. La exposición de cuáles son las soluciones que la Justicia Penal estadounidense ha hallado para algunos de los problemas que plantea la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas puede, a nuestro juicio, inspirar, en algunos puntos, el camino a seguir en nuestro ordenamiento. De hecho, esa posible asimilación de algunas de las soluciones del ordenamiento de los Estados Unidos ya se ha producido. Los requisitos que, según el nuevo artículo 31 bis del Código Penal (según la redacción dada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que entrará en vigor el 1 de julio de 2015) deben reunir los programas de organización y gestión de las personas jurídicas para que estas queden exentas de responsabilidad penal, son un ejemplo evidente, pues siguen con toda claridad las pautas de las *sentencing guidelines*.

Precisamente porque el objetivo de este trabajo es el expuesto, su elaboración está presidida por una idea fundamental: no pretendemos reelaborar los conceptos propios del Derecho de los Estados Unidos para intentar encajarlos de alguna manera en las categorías dogmáticas que comúnmente se utilizan por el llamado Derecho Continental; sino, como hemos dicho, nuestra pretensión se centra en describir y analizar el sistema, pues de él se pueden extraer soluciones que nos pueden resultar útiles. Como consecuencia de ello, este trabajo se

localiza fundamentalmente en la jurisprudencia y la doctrina estadounidense; no siendo su objeto la exposición de nuestro debate doctrinal.

## 2. Resultados y conclusiones

La exposición y el examen detallado del modelo federal de responsabilidad penal de las personas jurídicas en los Estados Unidos ponen de manifiesto que, en ese país, la exigencia de dicha responsabilidad es una realidad. El sistema tiene limitaciones y presenta dificultades, pero es algo efectivo y tangible, con capacidad además para operar sobre las grandes corporaciones, sean estadounidenses u operen en ese país. Los procesos seguidos contra las entidades bancarias *HSBC* o *USB AG* son una muestra.

Estos procesos, como algunos otros que se describen a lo largo de este trabajo, son, por otro lado, un ejemplo de que la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas funciona de una manera ágil y rápida, debido, fundamentalmente, a una regulación penal y procesal penal dotada de la misma agilidad y flexibilidad. En el ámbito procesal penal, el papel del Fiscal y el ejercicio discrecional de la acción penal aparece con toda su fuerza. La Fiscalía, para acusar o no a una persona jurídica, maneja criterios más amplios que los utilizados por la doctrina de los Tribunales Federales para condenar a estas entidades. En ese momento, previo a la acusación, la entidad tiene la oportunidad de alegar que, a pesar de que una persona física dentro de su organización haya podido cometer un delito en su nombre y en su provecho, ella no es culpable del mismo, porque sus sistemas de control, aunque fallaron, eran los correctos; y además, tanto estos como ella misma respondieron adecuadamente ante el descubrimiento de la conducta ilícita. La tenencia pues de un adecuado programa de *compliance* la colocará siempre en una mejor posición para afrontar frente a la Fiscalía esta etapa y, por tanto, para evitar ir a juicio, donde los criterios de imputación serán los derivados de la doctrina tradicional del *respondeat superior*.

Estos programas de *compliance*, por otro lado, para ser evaluados positivamente por la Fiscalía deberán ajustarse, como mínimo, a las pautas marcadas por las *guidelines*. Se pone así de manifiesto que estamos ante un sistema regulado, en el que el incumplimiento de las normas puede acarrear a las empresas consecuencias muy graves. En efecto, si las personas jurídicas no se dotan de programas de este tipo o los que implementan no cumplen los presupuestos exigidos, la primera consecuencia será posiblemente que la Fiscalía decida formular acusación

contra ella e ir a juicio, donde el riesgo de ser declarada culpable por el jurado -como le ocurrió a *Arthur Andersen*- es muy elevado, dado el sistema de imputación vigente y la interpretación extensiva que de sus presupuestos hacen los Tribunales. La segunda consecuencia es, que, si la condena llega finalmente y la entidad «sobrevive» al juicio, escapando a lo que se ha denominado *death by indictment*, el hecho de que no se hubiera dotado de un programa de *compliance* supondrá la imposición de multas mucho más graves.

Es lógico concluir que las entidades se toman realmente en serio la necesidad de implementar sistemas internos de control adecuados. Es discutible si estos han sido capaces de disminuir el número de delitos cometidos en el seno de las personas jurídicas pero de lo que no hay duda es que su generalización sí ha supuesto, al menos, que se fomente su detección, su represión dentro de la organización y su denuncia a las autoridades, lo que a su vez, promueve el castigo de los culpables. Porque importa tanto el castigo de las personas jurídicas como el de las personas físicas autoras de las infracciones penales en concreto.

Este sistema, donde, como se infiere de lo expuesto, los acuerdos entre la Fiscalía y la persona jurídica investigada son una pieza fundamental, no está sin duda exento de críticas (entre ellas, el papel preponderante de la Fiscalía, convertida, según algunos, en un regulador *de facto*) y es susceptible de mejora. De hecho, el reconocimiento constante de sus propias limitaciones, que no se ocultan ni se maquillan sino que se analizan con detalle y se afrontan con más o menos éxito, es otra de sus características fundamentales.

En este sentido, en los últimos tiempos se ha abierto en los Estados Unidos un nuevo debate sobre cuál ha de ser el camino a seguir, tras la constatación de que más de cincuenta años de discusión sobre la ética empresarial, sobre conceptos como el buen ciudadano corporativo o sobre los principios que deben inspirar los códigos de conducta de los programas de *compliance*, no han impedido los abusos y la comisión de ilícitos en el seno de las entidades. Cuáles sean sus conclusiones aún no está muy definido. Pero lo que sí parece claro es que hay que ir más allá de los programas de cumplimiento, hay que ir más allá de la discusión sobre cómo se confeccionan o implementan o sobre su relevancia en la imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, porque ello no ha resuelto el problema real, que es cómo evitar que las estructuras empresariales se conviertan en un medio propicio para la comisión de infracciones penales. Ello a pesar de que la exigencia de responsabilidad penal a estos entes, en los Estados Unidos, cuenta con una larga tradición; se ampara en un modelo de imputación

ciertamente severo, que ha permitido la caída de grandes empresas como la auditora *Arthur Andersen*; y los modelos de cumplimiento normativo han sido, como hemos dicho, objeto de atención por la doctrina y por los Tribunales durante más de cinco décadas.

El modelo está en constante evolución, pero su análisis demuestra que merece la pena ser estudiado en profundidad, especialmente ahora, cuando los países del sistema continental están iniciando un camino que el modelo estadounidense ya ha recorrido en gran medida. Ciertamente los fundamentos que lo explican y los principios que lo inspiran pueden resultarnos, en ocasiones, sorprendentes, pero nunca lejanos y no han impedido que un ordenamiento como el nuestro –y desde luego no es el único entre los europeos- pueda terminar alcanzando idénticas soluciones, aunque con distinta justificación dogmática, como es el caso, ya citado, del desarrollo normativo de los requisitos de los programas de organización y gestión. Su rapidez y agilidad, por otro lado, también merecen una reflexión. Nuestro sistema necesita medidas procesales conducentes a obtenerlas. La necesidad de implementar el principio de oportunidad es, en este ámbito, más necesario si cabe.

Sería beneficioso, en definitiva, a nuestro juicio, hallar un punto de equilibrio entre el pragmatismo del Derecho Penal y Procesal Penal estadounidense y el dogmatismo del Derecho continental.

## SUMMARY

### 1. Introduction and objectives

Contrary to those countries belonging to the Continental Legal System, amongst which is Spain, which have just recently overcome the traditional principle of *societas delinquere non potest*, criminal liability of legal entities in the United States of America is founded on a long tradition and is strongly rooted in its legal system.

In light of the unprecedented growth this country has steadily experienced over time and the consequential proliferation of legal entities, which have rapidly become key influencing factors in economic life, the need to protect society from the damages that may be caused by the business activities of such entities has correspondingly arisen. In view of this, Criminal Law can be considered as the most suitable instrument in response to this, when taking into account that the initial assumption that legal entities are abstract entities which have been created by Law, proves insufficient when justifying their impunity.

In 1909, the Supreme Court of the United States of America, in a judgment ruled for the *New York Central & Hudson River Railroad v. United States* case, establishes a model for the imputation of criminal liability to legal entities in federal jurisdiction, supported by the doctrine *respondeat superior* – imported from civil law - whereby a legal entity is held criminally liable for the offences committed by its executives or employees, when they act within the scope of their employment and for the benefit thereto. Any other solution, as the Supreme Court states, would be considered as “turning a blind eye” to the unquestionable fact that in modern times, these entities to which the majority of business transactions can be attributed, cannot be immune to all punishments based on the application of the former doctrine, whereby legal entities cannot commit offences.

The focus of this study comprises the model established in this resolution. Such model is based on liability for the actions of others and encompasses an utilitarian and pragmatic view of Criminal Law. It is essentially aimed at preventing the impunity of these new protagonists of economic life -who with some exceptions can be charged for any offence - and it is currently in force in federal jurisdiction. The United States is a Federal State, in which each State holds legislative capacity to form its own Criminal Law and Criminal Procedural Law. However, this



study is focused on federal jurisdiction, that is to say, the Criminal Law which arises from the U.S. Federal Congress and Federal Courts. Its provisions and resolutions have only increased in recent times and all play a fundamental role within the sphere of business.

The essence of this study lies in presenting the fundamental aspects of the federal model regarding criminal liability of corporations and other entities. With this purpose in mind, after examining various introductory notions about the extent of legal entities within the Legal System of United States and their position in Criminal Law, their historical evolution is examined. Such evolution proves to be essential in understanding how and why the *respondeat superior* doctrine was established and why this model is still in force today. Subsequently, the in-depth analysis of various matters proves necessary, such as: the criteria for the application of this doctrine, alternative options when tackling its shortcomings; or the problems that arise from calling for the criminal liability of legal entities, from their dissolution or from any other modification to the company's structure. Two further elements that are additionally subject to study are: the so-called *sentencing guidelines*, that is to say, the rules that regulate the individualization of punishments and more specifically, the rules that regulate how to individualize the penalty imposed on legal entities; together with the role reserved for the key players, that is to say the Federal Prosecutors. It is essential to reveal just how criminal charges against legal entities are dealt with in a country where criminal prosecution is monopolized by those prosecutors and where the majority of criminal proceedings never go to trial, as they are resolved thanks to the agreements reached between the defendant and the Public Prosecutor. These agreements, just like the *deferred prosecution agreements*, bear certain and specific features when they affect legal entities.

Likewise, it is equally as important to be aware of and bring into view the evolution the American legal system has undergone, above all with regards to the implementation of compliance programs within legal entities and their role in demanding criminal liability. The study of the state in question is especially interesting and brings us to the conclusion that organizational culpability, beyond that corresponding to an individual, plays a decisive role in the U.S. model for the criminal liability of legal entities.

The liabilities that the directors and officers of these entities may incur also merit our attention, given the possible influence of a variety of their actions on the financial crisis that took place at the beginning of this century, which have consequently turned this matter into a topic of maximum relevance.

Likewise, in addition to presenting a general outline of the matter, it is of vital importance to highlight how this system is applied to certain offences that have been selected due to their controversial nature, for example involuntary manslaughter, or given the relevance that their prosecution has been attributed in recent times. This is the case of insider trading, tax crimes, offence of conspiracy as well as those criminal offences foreseen in the Foreign Corrupt Practices. The offence of conspiracy, always a current issue, has recently taken on a particularly interesting role in the criminal prosecution of legal entities, due to the advantages it presents for prosecution from the point of view of both substantive and procedural law.

Thus, the analysis of the matters presented herein leads us accordingly to the fundamental purpose of this paper: to bring to light a system that has, for various years, successfully worked in practice in demanding the criminal liability of legal entities, and from which it is possible to derive various relevant conclusions that are applicable to the Spanish legal system, hence our interest. Presenting the solutions that the American Criminal Justice system has devised in response to the various problems that arise when demanding criminal liability from legal entities, could inspire in our opinion, a model to be followed in the Spanish Legal System. In fact, some solutions similar to those adopted by the United States have already been adopted in our legal system. A perfect example of this are the requirements which, in accordance with the new article 31 bis of the Spanish Criminal Code, must be met by the organizational and management plans put into place in legal entities in order for such entities to be considered exempt from criminal liability, given their evident compliance with the principles established in the sentencing guidelines.

Taking into consideration the fact that the foregoing is constituted as the purpose of this study, its further investigation is focused on a fundamental idea: we do not seek to reformulate the concepts belonging to the Law of the United States with a view to tailoring them to the dogmatic categories commonly used in Continental law; yet, as we have already mentioned, our intention lies in offering a description and analysis of the system, as the implementation of various of its solutions in the Spanish legal system may result quite useful. As a consequence, this paper is mainly focus on United States case law and doctrine and not on the presentation of our doctrinal debate.

## 2. Findings and conclusions

The presentation and detailed study of the federal model for the criminal liability of legal entities in the United States brings to light that, in this country, the demand for such liability is real. The system has some limitations and difficulties, however, it can be deemed effective and tangible, and with sufficient capacity to have an impact on large corporations, whether in the United States or this country itself. The legal proceedings filed against the bank entities HSBC or USB AG are clear examples of this fact.

These proceedings, comparable to the various others described throughout this paper, are on the one hand, an example of how demanding criminal liability from legal entities can function efficiently and quickly, mainly due to the fact that criminal and procedural regulations allow for such diligence and flexibility. Within the area of Criminal Procedure Law, the role of the Prosecutors and the discretionary use of criminal prosecution are extremely enhanced. The Public Prosecutor, in order to prosecute a legal entity, has much broader criteria than those used by the Federal Courts to condemn such entities within their reach. In such moment just before the prosecution, the entity has the opportunity to allege that, despite the fact an individual within its organization has committed an offence on its behalf and in its interests, the entity cannot be held liable for such offence as its control systems, although they have failed, were appropriate; and in addition, both the control systems in place and the entity itself acted appropriately upon discovering the illegal actions. In this sense, being in possession of the corresponding compliance program places such entities in a much better position when facing the Public Prosecutor, and consequently in avoiding going to trial where the criteria for imputation applied result from the traditional doctrine of *respondent superior*.

On the other hand, in order for the Public Prosecutor to assess these compliance programs in a positive light, they must be adapted, at the very least, to the model established by the *guidelines*. It is highlighted therein that we are dealing with a regulated system, therefore failure to comply with the rules could result in serious consequences for the company. Indeed, if legal entities do not hold these types of programs or those that do they put into place do not comply with the corresponding requirements, the first consequence they will come up against involves the Public Prosecutor who will file charges against the entity. Subsequently, they will go to trial where the risk of being declared guilty by a jury - as in the case of *Arthur Andersen* - is extremely high, taking into account the current system for imputation and the broad interpretation

that the Courts make regarding their requirements. The second consequence is that, if the entity is ultimately condemned and they “survive” the trial, escaping what is known as *death by indictment*, the fact that the entity did not have an appropriate compliance plan in place will result in the enforcement of serious penalties.

It is logical to conclude that entities must seriously take the implementation of a corresponding internal control system into consideration. Whether such control has reduced the number of offences committed within entities is questionable, however there is no doubt that their widening increase has at least allowed for more offences to be detected and suppressed within organizations and subsequently reported to the authorities, which at the same time promotes the punishment of the guilty. The same importance as that applicable to the punishment of legal entities shall be conferred to the punishment of the individuals who are the perpetrators of the criminal offences in question.

This system, as can be deduced from that above-mentioned, where the agreements between the Public Prosecutor and the Legal Entity prosecuted constitute a key factor, could be criticized (for example for the leading role of the Public Prosecutor who has become, according to some opinions, a *de facto* regulator) and therefore could be improved. In fact, the continuous recognition of its own limitations which are neither covered up nor concealed but analyzed in great detail and dealt with more or less successfully, constitutes another one of its fundamental features.

In this sense, a new debate has recently opened in the United States concerning the new direction to be taken, after the confirmation that more than fifty years of discussions concerning business ethics and concepts such as the good corporate citizen or regarding the principles that the codes of conduct within compliance plans could inspire, has not prevented abuse and the commission of unlawful acts within such entities. The conclusions have yet to be clearly defined. However, what seems to be clear is that it is necessary to go beyond the compliance programs and the discussions regarding their content and implementation, or their relevance in the imputation of criminal liability to legal entities, as this has failed to resolve the real problem: how to avoid business structures becoming an ideal environment in which to commit criminal offence. All this, despite the fact that demanding criminal liability from these entities in the United States, is founded on a long tradition and is supported by a particularly strict model of imputation which has resulted in the downfall of large companies such as the audit firm *Arthur Andersen*; not forgetting

that compliance programs have been, as we have mentioned, subject to particular attention on the part of the doctrine and Courts for over five decades.

This model is ever-changing, yet its analysis shows that its in-depth study is worthwhile now more than ever, given that countries belonging to the Continental Law System have set down the path that the United States took a long time ago. The reasons and principles which inspire the American model could certainly seem surprising, but their solutions are not unreachable by our legal system, or any other European legal system, although under different dogmatic reasoning. This is the case, as mentioned above, regarding the rules developed with regard to organization and management plans requisites. On the other hand, its agility and acceleration are definitely worth our in-depth consideration, as it is more than evident that our system lacks the corresponding procedural measures to reach such levels. The need to implement the principle of opportunity is, in this sector, all the more imperative.

Thus, it would be constructive in our opinion, to find a balance between the pragmatism of the Criminal Law and Criminal Procedural Law of the United States and the dogmatism of Continental Law.